

CONTAGIO TRANSFUSIONAL DE VHC. REFLEXIONES SOBRE LA PREVISIBILIDAD DEL DAÑO*

Carmen Blas Orbán
Doctora en Derecho
Licenciada en Medicina y Cirugía

INDICE GENERAL. INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes. 2. Jurisprudencia. 2.1. Jurisdicción social. 2.1.1. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997. 2.1.2. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 1999. 2.2. Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2.2.1. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999. 2.2.2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2000. 2.2.3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 2000. 2.2.4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2000. 3. Unificación de Doctrina. 4. Reflexión sobre el virus causante de la hepatitis C. 4.1. Estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños. 4.2. El contagio transfusional por VHC como suceso previsible. 4.3. El contagio transfusional por VHC como suceso evitable. 4.4. Informe emitido por el Ministerio de Sanidad, en 1986. 5. El “riesgo no permitido” de infección. Correcta actuación sanitaria. 5.1. Consentimiento informado. 5.2. Aplicación de la lex artis. 6. Problemática de la prueba. 7. Indemnización procedente. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA

Introducción

Pocos actos humanos inspiran tanto respeto como el de una resolución judicial. Ello es perfectamente comprensible si partimos de aceptar que en su elaboración se encuentran presentes principios de tan alto valor como son la verdad, la justicia, y la libertad. Sin la verdad como base de las conclusiones que han de conducir a la resolución, difícilmente se puede aplicar correctamente la ley, y, en consecuencia, la libertad se quiebra.

Por ello, las reflexiones que se contemplan en el presente trabajo comienzan por, admitida la verdad en lo que afecta al relato de hechos, después de las pertinentes pruebas, remitirnos a la verdad científica.

Aunque los mencionados principios, que entendemos básicos, tienen validez con carácter de generalidad, se hace especialmente notorio en determinados actos que motivan la correspondiente acción ante los Tribunales de Justicia. Limitamos el campo de investigación en el presente trabajo a los casos en los que, al amparo de la responsabilidad patrimonial de la Administración por contagio de hepatitis C (VHC), el paciente se siente defraudado en las expectativas que, en principio, parecen esperarse de la aplicación del texto de la correspondiente ley. En concreto, dedica-

* Trabajo ganador del IV Premio derecho y Salud

mos nuestra atención a los pacientes que contrajeron hepatitis por VHC como consecuencia de una transfusión sanguínea en fechas anteriores a finales del año 1989.

Las fuentes que se utilizan para la elaboración del presente trabajo se encuentran en la abundante jurisprudencia, que se ha ido enriqueciendo a medida que la cuestión relativa a la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, derivada del contagio de hepatitis C, iba aumentando su presencia ante los correspondientes Tribunales.

Respecto a la doctrina jurídica, no destaca por su participación sobre este tema concreto. Y nada nuevo se podría esperar del presente trabajo si en su elaboración no damos entrada a la merecida presencia de la verdad científica. Este es nuestro punto de partida, que ponemos en íntima relación con el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Partiendo de estas fuentes, y manteniendo la objetivación como instrumento básico sobre el que opera la lógica, se pretende poner de relieve la situación en la que se encuentran una parte de los pacientes que en el presente padecen hepatitis C, contraída en fechas anteriores al último trimestre del año 1989, privados actualmente del derecho a la tutela judicial efectiva¹ por una interpretación desmesuradamente restrictiva del artículo 141.1 arriba mencionado.

En el análisis propuesto en el presente trabajo se reflexiona sobre esta realidad, por lo que se estimó necesario un análisis crítico general de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 25 de noviembre de dos mil², a la que se dedica atención detenida, lo que nos condujo a entender que en el propio contenido de dicha Sentencia se encuentran argumentos suficientes para proponer y defender una posición justa, que no vulnere los derechos constitucionales del paciente afectado.

En estas reflexiones prevalece la intención de enfocar el tema desde distintos ángulos de visión, al objeto que no quede espacio para dudas, y puedan medirse con criterios objetivos los errores que parecen flotar en el “voto particular” que se emite en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 31 de mayo de 1999³, pues en este texto parece entenderse que el virus de la hepatitis C y el que se vino denominando no A no B carecen de relación entre sí.

Conducir al Tribunal a esta aparente creencia fue una labor fácil para el letrado del Insalud, quien actuó con desmedido énfasis para alcanzar su objetivo. Mucho más difícil va a ser desvirtuar la lograda aparente verdad, y reconducir el tema hasta que se sitúe al alcance de la fácil comprensión del lector que, aunque pueda ser ajeno a los conocimientos médicos, no lo es a la deducción lógica cuando se parte de premisas demostradas en la realidad práctica de los hechos. Alcanzar este objetivo es la intención de que mueve la voluntad del autor del presente trabajo.

Respecto a los profesionales de la medicina, a los que respeto con cariño, me complace decir que han sido mis mejores maestros, a los que debo, por lo menos, agradecimiento. Por ello deseo comenzar recordando que este trabajo se desarrolla dentro del ámbito de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración, responsabilidad objetiva ajena a criterios de culpabilidad. Los valores éticos del profesional, ya sabidos y demostrados en su labor diaria, no son puestos en duda en ningún momento.

1. Antecedentes

Para enfocar en su justa dimensión el tema que tratamos, no podemos ignorar la situación precedente a las fechas en las que se centran las materias que van a tener estudio detenido a lo largo de la presente exposición.

Por ello, hemos de empezar admitiendo que el contagio transfusional por virus de la hepatitis C (VCH) no era, ciertamente, un tema fácil de tratar,

¹ Artículo 24.1 de la Constitución Española.

² Sección sexta. Recurso de casación núm. 7541/1996.

³ Sección sexta. Recurso de casación núm. 2132/1995.

por lo que nada debe sorprendernos la vacilación que se percibe en la jurisprudencia, y que el Magistrado José Guerrero Zaplana⁴ nos invita a observar. Pero se hizo camino al andar.

Con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fecha 31 de mayo de 1999, se inició una línea jurisprudencial en la que se marcaron ciertos principios básicos, pues dejó resuelta la cuestión relativa a la prescripción de las acciones de reclamación sobre la materia de los contagios de hepatitis C. Por otra parte, al tiempo que se resuelve el caso concreto que estudia, se dejaron claros otros importantes aspectos sobre el tema, razonando, con amplia e inteligente visión, la consideración del contagio como un daño antijurídico y, por lo tanto, indemnizable. Parecía una postura equilibrada y respetuosa con los intereses del paciente afectado, siendo seguida por otras sentencias en la misma dirección.

Por mi parte, entiendo que, quizá, en algún caso de los pacientes reclamantes de indemnización por daños sufridos en fechas anteriores a 1989, la generosidad haya mostrado su presencia en beneficio del paciente. Quizá, en efecto, fuese necesaria una corrección para alcanzar el punto de equilibrio entre la obligación legal de la Administración y las exigencias del reclamante.

Pero se precipitaron los acontecimientos sin haber alcanzado este punto de encuentro, y un número indeterminado de pacientes que contrajeron una hepatopatía vírica por vía transfusional en fechas anteriores a finales del año 1989, enfermedad que era previsible, por conocida, y que podía haber sido evitada en determinados casos, dependiendo de las condiciones y circunstancias concretas del acto médico - lo que razonablemente entendido nos conduce a afirmar que no estaban obligados a soportar el daño sufrido- quedaron privados, a partir de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de dos mil, del ejercicio de su legítima acción de responsabilidad patrimonial ante la lesión

⁴ Magistrado Especialista en lo Contencioso Administrativo. Audiencia Nacional. "Sobre una ¿inadvertida? modificación de la Jurisprudencia en materia de contagio de hepatitis C", en La Ley, 2002, T.7, pp. 1868 y 1687.

sufrida como consecuencia directa de un acto médico dañino.

2. Jurisprudencia

Tarea difícil es la de precisar el número de sentencias en las que, con motivo de acciones interpuestas en fechas anteriores al 14 de diciembre de 1998, se ha expresado el parecer de los distintos tribunales de justicia, tanto en la jurisdicción civil,⁵ como en la social y en la contencioso-administrativa; pero si se sabe que la contradicción entre sentencias dictadas por distintas Salas del Tribunal Supremo en casos de contagios de VHC resultaba desorientadora y, aunque los distintos órdenes jurisdiccionales fueron progresivamente acercando su doctrina en lo que se refiere a la interpretación de los presupuestos para la exigencia de responsabilidad, hubo un período de tiempo en que sus pareceres mostraban las ostensibles diferencias que recordamos a continuación.

Por lo que respeta a la **jurisdicción civil**, y dado que el presente trabajo se centra en la responsabilidad patrimonial de la Administración en los contagios producidos por virus VHC, prescindimos del estudio de los numerosos casos de hepatitis vírica resueltos en dicha vía, al objeto de no abarcar una extensión innecesaria, limitando su entrada en este campo al contenido de aquéllas sentencias, especialmente significativas, que aportan luz apropiada y específica al tratamiento con el que, siguiendo las leyes de la lógica, han de ser enjuiciados los casos de contagio transfusional por un virus, que, posteriormente a su transmisión a la sangre del paciente, ha sido etiquetado como VHC.

En cualquier caso, es cierto que la comunidad científica internacional conocía, desde 1975, la existencia de un virus causante de la hepatitis que no era

⁵ Es sabido que hasta el 14 de diciembre de 1998 no se ha producido una unificación por vía legal del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración, pues hasta dicha fecha los tres órdenes jurisdiccionales habían venido conociendo de estas cuestiones.

ni A ni B, así como lo es que no fue hasta 1989⁶ cuando pudo identificarse el virus de la hepatitis C (VHC) y, por consiguiente, pudo desarrollarse el primer test de detección del virus en cuestión. También es cierto que en el Estado español, la obligación de analizar la presencia de VHC en las donaciones de sangre se impuso en octubre de 1990, como muy bien nos recuerda Miquel MARTÍN CASALS con motivo de su comentario sobre la Sentencia de 10 de junio de 2004⁷.

Pero cuando dicho autor continúa escribiendo que “cualquier análisis de la jurisprudencia relativa a los daños causados por sangre contaminada debe tener muy presente la existencia de este desfase temporal entre la identificación del virus, la posibilidad de detección y el establecimiento de la obligación de practicar las correspondientes pruebas de detección, pues es precisamente ese desfase el que origina dudas en torno a las posibilidades de exoneración del demandado”, hemos de entender que se está expresando dentro del ámbito del Derecho Civil.

Pero el presente trabajo se centra en al estudio de la *Responsabilidad Patrimonial de la Administración* sanitaria, y los parámetros por los que se rige esta responsabilidad reciben diferente valoración, lo que se pone de relieve en los epígrafes que siguen.

2.1. Jurisdicción social

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), en Sentencia de 5 de junio de 1991⁸, nos recuerda que “dentro del derecho laboral y administrativo el principio de responsabilidad objetiva vino ganando terreno día a día, y es consagrado constitu-

cionalmente en los daños causados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos en el apartado 2 del artículo 106 de la Constitución”. Así, la Sala de lo Social deja atrás la clásica responsabilidad por culpa, para argumentar que:

[...] “la prestación de asistencia sanitaria dispensada por el Insalud a los beneficiarios de la S.S. [...] se incardina en el servicio público de protección a la salud, que, como tal servicio público, expresamente regido, además, por el principio de eficacia, resulta responsable de toda lesión que sufran los particulares en sus bienes o derechos como consecuencia de su funcionamiento normal o anormal, lesión que ha de ser indemnizada por el Estado, salvo que sea debida a fuerza mayor –arts. 40.1 LRJAE, 139.1 LEJAP y 106.2 CE- y que en esta responsabilidad objetiva del Estado se sustituye el punto de vista interno de la culpabilidad por el punto de vista externo de la simple causalidad”.

Por su parte, la lectura del texto de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997, que posteriormente comentaremos, en el párrafo tercero del Fundamento Jurídico Tercero, nos permite afirmar que

“La responsabilidad objetiva de la Administración, que actualmente aparece recogida en el art. 106 CE, es creación del legislador, y [...] ya estaba recogida en el art. 106 CE del mes de diciembre de 1931, en sentido análogo al apartado segundo del mismo art. CE vigente anteriormente mencionado; en el art. 129 de la Ley de 31 de octubre de 1935; en los arts. 405 y siguientes LRL de 1955; y en los arts. 376 y siguientes del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales; en el art. 121 LEF; en el art. 54 de la Ley 7/1985 del 2 de abril; y antes de su derogación, en el art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y actualmente en el art. 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de

⁶ La Ley 14/2002, de 5 de junio, en su exposición de motivos, dice: “El virus de la hepatitis C (VHC) fue identificado y descrito a mediados de 1989, pero hasta el año 1990 no se dispuso de los medios técnicos adecuados para prevenir su transmisión a través de la sangre u productos hemoderivados, en forma de un test de detección de anticuerpos de VHC, que empezó a aplicarse con carácter obligatorio en todas las unidades de sangre o plasma extraídas en los bancos de sangre, a tenor de lo dispuesto en la Orden del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 3 de octubre de 1990”.

⁷ Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 2005, núm. 67, p. 361

⁸ Recurso de casación por infracción de ley núm. 989/1990. (RJ 1991\5131).

las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regulación efectuada bajo el principio de que no pesen sobre determinada persona las consecuencias de los actos de la Administración, por cuanto el reparto de la indemnización de la que resulta deudora por su responsabilidad objetiva, se verifica entre todos los miembros de la sociedad por medio de los correspondientes impuestos⁹.

Así, con el claro pronunciamiento de que el contagio transfusional de VHC constituye un supuesto de caso fortuito que genera responsabilidad objetiva de la Administración, con obligación de indemnizar al paciente por el daño sufrido, se vino pronunciando reiteradamente la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

2.1.1 Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997.

Una vez más, se estudia la reclamación presentada por un paciente que ha sido afectado por una inoculación de VHC, producida en este caso en el año 1985.

Pero, apartándose de los criterios generales, y de sus propios precedentes, la Sala Social del Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de diciembre de 1997¹⁰, cambia sorprendentemente el enfoque sobre este tema, lo que genera el importante interrogante que motiva estas reflexiones.

En sus argumentos, el Tribunal parte de algo que nadie pone en duda: “la Administración responde por accidentes derivados de un caso fortuito, pero no de fuerza mayor”. Y decide, y así se expresa, que la inoculación de VHC producida antes de 1989 debe entenderse como un caso de fuerza mayor, por lo que no genera responsabilidad. Una afirmación con apa-

riencia de verdad absoluta, que merece, a nuestro juicio, ciertas puntualizaciones, y que sirve de punto de partida para elaborar el presente trabajo.

Parece procede preguntarse por el motivo que impulsa al Tribunal a dar un giro tan radical a la doctrina jurisprudencial, que venía entendiendo que el contagio transfusional por VHC era un suceso fortuito, enfocada la cuestión de distinción entre caso fortuito y fuerza mayor conforme a la propia doctrina jurisprudencial.

Por su parte, la prensa médica puso particular énfasis en la difusión del contenido de la sentencia que comentamos, y es en esta misma prensa¹¹ en la que, textualmente, podemos leer:

“La sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo coincide plenamente con la voluntad del Gobierno, que en el proyecto de reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas remitido a las Cortes establece: No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos”. Y a continuación de lo escrito, se puede leer lo que sigue:

“Sin duda hay quien podría plantearse si la aprobación de un precepto de esta naturaleza no atenta contra el artículo 106 de la Constitución, que establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que “sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”, eso sí, “salvo en caso de fuerza mayor”.

Lo cierto es que, en el presente caso, el Tribunal admite, sin ponerlos en duda, los argumentos del letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, quien afirma que “el contagio transfusional es fuerza mayor tanto si se considera como suceso imprevisto o

⁹ A diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, donde tardó en establecerse, pues por ejemplo en el Reino Unido de la Gran Bretaña la responsabilidad objetiva de la Administración surgió en el año 1947 a consecuencia del caso *Adams Taylor*. Vid. texto de la Sentencia de la Sala de lo Social del TS. de 22 de diciembre de 1997, ya referenciada.

¹⁰ Núm. de recurso: 1969/1997.

¹¹ *Diario Médico*, jueves 12 de marzo de 1998.

previsto pero inevitable como si se atiende a su origen, que realmente es externo”.

Y, llegado este punto, no se puede evitar traer al recuerdo la distinción entre el virus VHC, causante de la hepatitis C, y el VIH, virus causante del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida, por todos conocido como SIDA. Virus absolutamente diferentes, causantes de enfermedades muy distintas, aunque ambos virus se pueden transmitir por vía de transfusión sanguínea.

En el caso del SIDA, podemos afirmar que se trata de una enfermedad extraña en nuestra cultura, pues es sabido que el primer caso de Sida fue detectado en Estados Unidos en el año 1981. De esta enfermedad no eran conocidos ni su cuadro clínico ni su agente causal, lo que hacía muy difícil evitar su contagio. Pero este no es el caso de la hepatitis C, afección hepática que aunque no había sido etiquetada con un nombre concreto, sí se sabía de ella que formaba parte de las enfermedades conocidas por los médicos desde muchos años atrás. Era sabida su transmisión por vía sanguínea, y las medidas para evitar su contagio se iban conociendo a medida que la ciencia se adentraba en el estudio del tema.

Un dudoso, pero efectivo, juego de palabras pronunciado hábilmente por el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, que no fue acertadamente contestado por el abogado de la defensa, motivó la voluntad del Tribunal.

Y lo que es más. Se dio un giro al enfoque, que venía siendo generalmente aceptado por los distintos tribunales de justicia, sobre las reclamaciones realizadas por los pacientes afectados de un determinado tipo de hepatitis, sufrido como consecuencia de la sangre recibida por vía transfusional, cuya causa originaria era un agente vírico que se encontraba en la sangre del sujeto donante.

Es sabido y aceptado por todos que hasta el año 1989¹² no se consiguió aislar el agente causal de la

hepatitis C, pero también sabemos, y a la vista de los hechos debe ser igualmente aceptado, que este virus era conocido, desde muchos atrás, por sus efectos. Se sabía, asimismo, que producía una enfermedad hepática de considerable importancia, con gravedad variable dependiendo de distintos factores, pero que podía conducir al enfermo a una situación de cronicidad, con disminución considerable de su calidad de vida. Después de haberse aislado e identificado los virus causantes de la hepatitis A y de la hepatitis B, la antedicha enfermedad hepática, conocida por su sintomatología, continuaba transmitiéndose por vía transfusional, por lo que, entendiendo que otro virus, y no los ya aislados: A y B, era el productor de esta enfermedad, fue fácil denominarlo no A no B (NANB); pudiendo entenderse con esta denominación una especie de “cajón de sastre”, del que, llegado su momento, fue aislado el virus causante de la que pasó a ser denominada hepatitis C. Pero esta enfermedad no responde, en ningún caso, a la que el letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud describe cuando dice:

“El hecho de que el conocimiento humano ignora la existencia de un virus descubierto con posterioridad se ajusta al supuesto de que la causa que motiva (el daño) sea independiente y ajena al sujeto obligado, que es uno de los rasgos de la fuerza exonerante”.

El énfasis puesto por el letrado del Insalud al afirmar lo que antecede condujo al Alto Tribunal al pronunciamiento consiguiente:

[...] la prevención era imposible y externa a la actuación del Insalud, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones”.

A favor del letrado del Insalud sólo podemos decir que -en lo que hemos podido leer- él no se refirió al “contagio transfusional por virus de la hepatitis”, limitando la frase a “contagio transfusional”, sin es-

12 Fue en el año 1989 cuando, después de intensos trabajos sobre esta materia, y en base a los estudios de biología molecular efectuados por Michael Houghton y colaboradores que permitieron el clonaje del virus C de la hepatitis y el desarrollo de un test diagnóstico de anticuerpos, se alcanzó a determinar el prin-

cipal causante de este tipo de hepatitis denominada no A no B. Ello ha posibilitado el desarrollo de técnicas de inmunoensayo y el diseño de un test de enzimo-inmunoanálisis que permite detectar la presencia de anticuerpos frente al virus de la hepatitis C.

pecificar qué enfermedad se contagiaba dentro de las muchas que pueden transmitirse por esta vía. Pero los médicos sabemos, y era perfectamente conocido en aquella fecha, que es muy elevado el número de enfermedades, incluyendo las víricas, que se pueden transmitir por medio de una transfusión de sangre. Y sabemos que todos los virus no pueden ser tratados bajo los mismos parámetros, ya que cada uno de ellos tiene su propia “historia natural”.

Lo dicho nos conduce a entender que el letrado del Insalud no se estaba refiriendo a la hepatitis¹³, sino al SIDA¹⁴, cuando afirmó, dando posibilidad a la sentencia arriba referenciada:

“Estamos ante un suceso extraordinario, cuyo origen es tan externo a la prestación sanitaria como todo proceso en el que se descubre en la humanidad una nueva dolencia”

Aunque parece evidente que aplicó la afirmación al caso de autos, haciendo uso de una desmedida e injustificada extensión.

Porque el letrado del Insalud sabía —o tenía obligación de saber— que la hepatitis por virus C, aún sin haber alcanzado a tener un nombre individualizado, era conocida desde decenas de años atrás. La mejor prueba de ello la tenía presente, de haberla solicitado, dentro del propio organismo en el que prestaba sus servicios:

13 Cuando sucedieron los hechos que motivaron la intervención del letrado del Insalud, el conocimiento humano no ignoraba la existencia del virus causante de la hepatitis C, cuya presencia estaba muy lejos de ser un suceso extraordinario, pues la humanidad conocía esta dolencia desde decenas de años atrás, y la ciencia venía dedicando muchos años a su investigación y estudio.

14 El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de octubre de 2001, declara entre los hechos probados que el primer caso de Sida fue detectado en Estados Unidos en el año 1981; que en el año 1983 era conocida su transmisión por vía transfusional, y que fue a finales del año 1983 cuando comenzó a utilizarse un método de laboratorio, el Westean Blot para descubrir su presencia en la sangre. Una Orden Ministerial de 1984 exigía reglamentariamente que a todo donante de sangre se le hiciera un reconocimiento externo y se le practicaran pruebas analíticas. Sobre esta misma sentencia puede leerse un comentario escrito por PARRA LUCÁN, M^a Ángeles, en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil; enero/marzo de 2002, pp. 325-350.

De hecho, fue en mayo de 1986 cuando la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente al Ministerio de Sanidad y Consumo, había redactado y distribuido un Informe con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada “hepatitis no A no B”. Siguiendo los criterios de la Asociación americana de Bancos de Sangre, se aconsejó en dicho Informe la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaninotransferasa (ALT), así como otras “pruebas alternativas para la hepatitis no A no B”¹⁵.

El hecho de que dicho criterio preventivo no haya sido aplicado en todos los hospitales de nuestro entorno, al margen de cuál haya sido el motivo, no nos permite decir que la ciencia no los conociera y que no existiera ninguna técnica de aplicación preventiva, conforme al estado de la ciencia en cada momento.

Pero queda suficientemente claro que no sólo dentro del ámbito médico, sino también en el campo de la propia Administración, era conocida la existencia de unas hepatopatías víricas, a las que se les denominaba no A no B.

Si la prevención del contagio de estas enfermedades, entre las que se encontraba la hoy denominada hepatitis C, no la puso en práctica la Administración, fue debido, según se puede leer en publicaciones sobre el tema¹⁶, a que esta medida preventiva suponía tener que tirar un número considerable de unidades de sangre por no cumplir los requisitos exigibles.

Pero ello no nos autoriza a negar que, en fechas anteriores a finales de 1989 el contagio de la enfermedad que hoy se conoce como hepatitis C era previsible, ni nos permite negar, asimismo, que esta enfermedad pudiera haber sido evitada en ciertos casos. Que, pasado el tiempo, el ciudadano se encuentre afectado por esta hepatopatía, ya es suficientemente malo por sí mismo, pero que, además, vea rechazada

15 Hechos probados en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 1994 (Arz. 3482).

16 Entre otras, la escrita por Francisco COMINGES CÁCERES, “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, publicada en la Revista de Administración Pública, núm. 155, 2001, p. 196.

su petición de indemnización con argumentos como los que utiliza en este caso el letrado de la Administración sanitaria, nos conduce a percibir con claridad que se está vulnerando, manifiestamente, el artículo 106.2 de la Constitución española¹⁷.

Respecto a la jurisprudencia, ya en la Sentencia de 18 de febrero de 1997¹⁸ se recuerda la injustificada inaplicación de medidas preventivas, que debieron haberse tenido presentes:

[...] dado el muy elevado porcentaje de casos de contagio de hepatitis no A no B [...] por vía de transfusión de sangre que se producía en la época, *reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo...*

Ante lo expuesto, el letrado de la parte reclamante podía haber intervenido con relativo acierto - aunque con dudosa fortuna dado el énfasis mostrado por parte del representante de la Administración sanitaria- si no se hubiera sentido sorprendido por el giro que tomaba el caso ante una oposición no esperada. Ello explica que no acudiera a un experto médico, por lo que no acertó a encontrar la respuesta adecuada al caso. Ciertamente, se encontraba en notoria desventaja frente al letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud.

Nada decimos del Tribunal que, por sí mismo, carece de conocimientos médicos para hacer distinciones entre virus causantes de enfermedades tan distintas como lo son el SIDA y la hepatopatía por virus C. Los argumentos utilizados por el letrado del Insalud, quien, de haberlo intentado, sí hubiera dispuesto de asesoría médica, llevaron el tema al terreno pretendido en defensa de los intereses económicos de

la Administración sanitaria, apoyándose en la letra de la Ley¹⁹.

2.1.2. Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 3 de diciembre de 1999 .

En la dirección iniciada, tal como se anuncia en el artículo de prensa comentado, se mantuvo esta Sala de lo Social, como podemos comprobar en el caso del que, a continuación, se hace muy breve comentario, comenzando por un escueto relato de hechos:

Paciente que en el año 1984 sufrió un accidente, motivo por el cual hubo de ingresar en una UCI, siendo multitransfundido con diversas unidades de hemoderivados. En 1983 se le detecta una hepatitis crónica activa que no responde al tratamiento médico.

El afectado presenta reclamación de una indemnización de daños y perjuicios, que el juez de lo Social desestima. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia revoca la sentencia y condena al Insalud al abono de la cantidad reclamada.

Por la representación del Insalud se formalizó recurso de casación para unificación de doctrina, en el que se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la que hemos comentado en el epígrafe anterior, dictada el 22 de diciembre de 1997 por esta misma Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

En dicha resolución, el Alto Tribunal reconoce la existencia de fallos contradictorios y la necesidad de unificar criterios. Se insiste en el hecho cierto de que la obligatoriedad de las pruebas de la detección del VHC no se produjo hasta la aprobación de la Orden Ministerial de 3 de octubre de 1990 y los primeros kits comerciales para la determinación de los anticuerpos no aparecieron hasta finales de 1989, por lo que Sala Cuarta del Tribunal Supremo entiende que el contagio fue inevitable. Pero nadie menciona la

¹⁷ Dice este artículo: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

¹⁸ Jurisdicción civil. Arz. 1240. Ponente Sr. ALMAGRO NOSETTE.

¹⁹ Art. 141.3 de la Ley 30/1992 [RCL (Repertorio Cronológico de Legislación) 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] , en la redacción de la Ley 4/1999, de 13 de enero [RCL 1999, 114, 329].

²⁰ Núm. de recurso 3227/1998.

negligencia cometida en su día por la propia Administración sanitaria, quién desoyó los consejos de la Asociación americana de Bancos de Sangre.

Lo cierto es que, en principio, se hicieron realidad aquéllas palabras escritas en el ya citado artículo de prensa médica cuando dice:

“Cualquier intento de poner en tela de juicio la reforma en relación con la Constitución ha quedado vetada –al menos en la fuerza que pueda tener un precedente- por el Alto Tribunal, que ha insistido en dicha sentencia en que el contagio transfusional sí constituye un supuesto de fuerza mayor”.

Sin embargo –y podemos añadir, afortunadamente- la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo continúa manteniendo una postura más equitativa, siendo un claro ejemplo de ello su sentencia de 31 de mayo de 1999, que comentaremos a continuación, pues entiende indemnizable el caso de un paciente afectado por VHC en el año 1986.

2.2. Jurisdicción Contencioso-administrativa

El fundamento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

se encontraba inicialmente en el ejercicio ilegal de sus potestades o en la actuación culposa de sus funcionarios, por lo que se configuraba con carácter subsidiario, pero actualmente, y sin perjuicio de admitir en algunos supuestos otro fundamento, se considera que si la actuación administrativa tiene por objeto beneficiar, con mayor o menor intensidad a todos los ciudadanos, lo justo es que si con ello se causa algún perjuicio, éste se distribuya también entre todos, de forma que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye ahora el fundamento de la responsabilidad de la misma²¹.

²¹ Así consta en el texto de la Sentencia la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de mayo de 2000. (Recurso núm. 435/1998). Del Fundamento de Derecho segundo de esta misma sentencia de la Audiencia Nacional, transcribimos el párrafo que sigue, por entender su contenido de valor permanente:

Actualmente se admite que dicha responsabilidad de la Administración surge con el perjuicio que se causa, independientemente de que éste se haya debido a una actuación lícita o ilícita de los poderes públicos y de quién haya sido concretamente su causante.

Esta naturaleza objetiva de la responsabilidad de las Administraciones Públicas, que constituye un principio cardinal en el régimen administrativo, tal como lo regula la Constitución, debe ser exigida²² con el mayor rigor cuando se proyecta sobre actividades que son susceptibles de poner en riesgo no sólo la propiedad, sino también otros bienes constitucionales de la mayor importancia: la vida y la integridad física de las personas.

2.2.1. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de mayo de 1999²³.

Una vez aceptado por el Tribunal que la acción se presenta dentro de plazo²⁴, dedica su atención a determinar si concurre causa de fuerza mayor determinante de exclusión de responsabilidad, no sin antes afirmar que la prueba de la existencia de fuerza ma-

“Configurada por primera vez en 1954, dentro de la Ley de expropiación forzosa (RCL 1954, 1848 y NDL 12531), en el art. 121 y contenida en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 (RCL 1957, 1058, 1178 y NDL 25852), en los arts. 40 y 41, de responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado adquiere relevancia constitucional en los arts. 9 y 106.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) como garantía fundamental de la seguridad jurídica, con entronque en el valor de la justicia, pilar del Estado de derecho social y democrático (art. 1 de la Constitución) y se desarrolla en los art. 139 y siguientes de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) (Título X) y en el RD 429/1993, de 26 de marzo (RCL 1993, 1394 y 1765), que aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial”.

²² Seguimos en este apartado el contenido de la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1996 [RJ (Repertorio de Jurisprudencia) 1996\ 7124].

²³ Sección 6ª. Recurso de casación núm.2132/1995.

²⁴ Esta Sentencia fue esencial por cuanto resolvió la cuestión relativa a la prescripción de las acciones de reclamación y estableció un criterio muy amplio para el cómputo del plazo señalado en el artículo 141.5 de la Ley 30/1992, según nos recuerda el Magistrado José Guerrero Zaplana en su publicación: “Sobre una ¿inadvertida? modificación”... cit., pág. 1686.

yor, como causa determinante de exclusión de la responsabilidad, corresponde a la Administración.

Nota diferencial con las sentencias comentadas pertenecientes a la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, es el enfoque que la Sala de lo Contencioso-Administrativo hace de la interpretación del concepto de “fuerza mayor”. Con apoyo en la elaboración jurisprudencial sobre las figuras jurídicas de caso fortuito y fuerza mayor el Tribunal nos recuerda que:

En el caso fortuito hay indeterminación e interioridad, indeterminación porque la causa productora del daño es desconocida (o por decirlo con palabras de la doctrina francesa: “falta de servicio que se ignora”); interioridad, además del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque está directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización”.

“En la fuerza mayor, en cambio, hay determinación irresistible y exterioridad; indeterminación absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir aun en el supuesto de que pudiera ser prevista; exterioridad, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser ajena al servicio y al riesgo que le es propio”²⁵.

En líneas generales, podemos decir que en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no es aceptada la presencia de fuerza mayor como causa eximente de responsabilidad administrativa, pues se viene entendiendo²⁶ que “la fuerza mayor es un concepto jurídico que debe quedar ceñido, como reiteradamente ha repetido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, al suceso que esté fuera del círculo del obligado, que no

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de mayo de 1986: “Aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sea, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente al sujeto obligado”. En análogo sentido: STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997\3233) (apelación 1075/1992).

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 de febrero de 1998 (RJ 1999, 1622).

hubiera podido preverse o que previsto fuera inevitable, como guerras, terremotos, etc.”

El Alto Tribunal concluye que en el caso de autos no puede hablarse de fuerza mayor en la producción del resultado. Y continúa examinado el asunto con la nueva luz que aporta la redacción dada al artículo 141.1 LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de 13 de enero que ha modificado, como es sabido, la Ley 30/1992.

Dado que los hechos que se juzgan sucedieron antes de la entrada en vigor de dicha modificación, cuida el Tribunal que no se entienda que deba aplicarse este nuevo texto con carácter retroactivo, pues estima que este principio estaba ya latente en la regulación anterior.

Con justo criterio, entiende el Tribunal que

“...no basta que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que ese estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso –y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración”, cosa que no ha hecho²⁷.

Después de lo expuesto, la Sala presta atención al argumento presentado por el Insalud acerca del contenido de una Orden de 4 de diciembre de 1985²⁸, y ello da motivo para que se traigan a colación el Decreto de 26 de junio de 1975²⁹ y el Real Decreto de 9 de octubre, así como un Decreto anterior, del año 1965³⁰, que regulan la hemodonación y los Bancos

²⁷ Por lo que se refiere a la carga de la prueba, la Sala del Alto Tribunal nos recuerda el contenido de su Sentencia de 15 de diciembre de 1997: “el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponde a la Administración”.

²⁸ RCL 1986\207 y ApNDL 2051.

²⁹ RCL 1975\1436 y NDL, nota a 15376.

³⁰ RCL 1965\2017; RCL 1965\2040 Y NDL 15376.

de sangre, porque lo que hay que demostrar aquí – continúa diciendo el Alto Tribunal- “no es solo la evolución de los conocimientos científicos sobre la hepatitis sino también el estado de los conocimientos científicos sobre hemodonación y hemoterapia en la fecha en la que la transfusión se practicó, pues los Bancos de sangre existían y estaban regulados de manera muy precisa en la fecha en la que sucedieron los hechos.

Por otra parte, entiende el Alto Tribunal que era preciso saber de dónde procedía la sangre que se empleó en la transfusión, y si esa sangre reunía las condiciones de calidad que las normas exigen.

Y a continuación, con una agilidad y acierto envidiable, el Tribunal dirige sus razonamientos hacia una dirección que entendemos fundamental, y dice:

“Los problemas que plantea la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas derivada del acto médico no se agotan con lo dicho. Porque hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un hecho viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor”.

En tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva.

Pero aún en tales circunstancias, no ve la Sala como admisible la posibilidad de intentar la resolución del caso que se juzga permitiendo la entrada al caso fortuito, pues busca la razón en la no ilicitud del resultado, es decir, en la ausencia de antijuricidad de la lesión.

En el caso de autos, el Alto Tribunal estimó que ni ha habido fuerza mayor, ni cabe hablar de ausencia de antijuricidad de la lesión, ya que no se ha acreditado por quien tenía la carga procesal de hacerlo –la Administración- la imposibilidad de evitar el daño en función del estado de la ciencia en el momento en que se produjo; y aún en el caso de que se hubiera admitido la presencia del caso fortuito, no es bastante para enervar la responsabilidad demandada a la Administración.

En consecuencia, se entiende probado que el acto médico de la transfusión sanguínea practicada al paciente ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración puede obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración.

Sigue diciendo el Alto Tribunal:

“Y como este daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio [...] por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado”.

Por ello, condena al Insalud a abonar determinada cantidad económica, que en la sentencia se fija, como indemnización a pagar por los daños producidos al paciente con el acto médico de la transfusión sanguínea.

Admirable Sentencia que, por su contenido, acierto, y la fuerza que de ella emana en los puntos que estudia, merece ser tenida como referencia en el presente trabajo.

La sana filosofía que se percibe en esta Sentencia nos dirige a estimar la necesidad de estudiar, caso por caso, tal como parece de justicia, cada una de las reclamaciones presentadas por los pacientes afectados por enfermedad derivada del VHC transfusional, aún cuando la sangre afectada haya sido transfundida en fecha anterior a finales del año 1989.

Todo ello, sin olvidar nunca que se trata de una responsabilidad objetiva, que tradicionalmente inspira nuestro vigente derecho administrativo.

Este estudio individualizado nos permitirá comprobar como, en un número difícil de cuantificar en el presente, pero cierto, de los pacientes que fueron transfundidos en fecha anterior al año 1989, sí hubiera procedido la indemnización por daños producidos por el contagio transfusional de virus causante de la hepatitis C.

Sin embargo, la Sala no llega a esta conclusión por unanimidad.

Voto particular

Dos de los Magistrados disienten del criterio de la mayoría, pero no en lo que se refiere a las figuras jurídicas de caso fortuito o fuerza mayor, pues dejan su opinión al respecto absolutamente clara:

“Es nuestro parecer que en el supuesto enjuiciado la cuestión a dirimir no está en si hubo caso fortuito, por el que la Administración debe responder, o fuerza mayor, de la que aquella no es responsable, pues no cabe duda que, al inocularle un virus al solicitante de la indemnización en la transfusión de sangre que se le hizo durante una intervención quirúrgica por los servicios del Instituto Nacional de la Salud, falta el elemento de ajenidad que caracteriza la segunda”.

Estos Magistrados acuden, en defensa de su resolución, no directamente a la redacción dada por Ley 4/1999 al artículo 141.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pues parecen admitir que es inaplicable al caso enjuiciado dada la fecha de acaecimiento de los hechos. Entienden que esta redacción no modifica los criterios jurisprudenciales acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya naturaleza de objetiva venía configurándose legalmente y definida jurisprudencialmente, sino que ha incorporando la doctrina jurisprudencial relativa a la antijuridicidad del daño, que no existe cuando el perjudicado tiene el deber de soportarlo, por lo que el mencionado texto legal ha introducido la nueva precisión al determinar los perjuicios indemnizables. En conclusión, estiman

que debe ser denegada la reclamación del paciente en base a lo que sigue:

[...] “nos parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, pues lo contrario sería convertir a la Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales, lo que no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual aunque sea objetiva o por el resultado”³¹.

Esta afirmación contiene una gran verdad, por lo que no será discutida aquí. Lo discutible es si el contagio del agente productor de la hepatopatía, causada por el VHC, fue forzosamente imprevisible, y si, de admitir su previsibilidad, fue, necesaria y forzosamente, inevitable. Y, especialmente, si aquél virus que causó la hepatopatía sufrida por el paciente como consecuencia de la transfusión (algo que nadie puso en duda) es el mismo virus que, posteriormente, aparece como causa de la hepatitis C que le fue diagnosticada al mismo paciente.

El demandante de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración actúa correctamente cuando reconoce que “después de haberle sido practicada la transfusión de sangre en el curso de la intervención quirúrgica a la que hubo de ser sometido, se le diagnosticó que padecía una hepatitis no A no B, la que después se relacionó con aquella transfusión sanguínea”.

Sin embargo, en el voto particular, el Magistrado dice:

[...] “si cuando se le diagnostica la mencionada hepatitis aún no se había aislado el virus de la hepatitis C (como lo de-

31 Así lo declaró esta misma Sala en Sentencia de 7 de febrero de 1998 (RJ 1998\1444), recurso de casación 6282/1993, en el Fundamento jurídico tercero.

muestra el aludido diagnóstico), resulta imposible, según el estado de la ciencia y la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus de la indicada hepatitis C, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente”.

A decir verdad, el paciente que dijo haber sido contagiado con el virus de la hepatitis no A no B actúa correctamente cuando presenta una reclamación ante la Administración alegando el diagnóstico de hepatitis C. La ciencia y la técnica, con su avance, permitieron que a finales de 1989 este virus pudiera ser aislado del conjunto de los que se encontraban en el grupo no A no B, pero no apareció de nuevo en el organismo del paciente como enfermedad desconocida hasta entonces.

Respecto a la prueba, al objeto de precisar si el contagio de la hepatopatía podía haber sido previsto y evitable, es sabido que en materia de responsabilidad patrimonial se viene admitiendo que sobre la Administración pesa dicha carga. Pero los Magistrados que emiten su voto particular disienten con base en el argumento que sigue:

“[...] sobre la Administración pesa la carga de probar cuál sea el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, y en ello coincidimos salvo cuando tal situación sea notoria o se deduzca de los propios hechos admitidos por quien pretende la declaración de la responsabilidad patrimonial de aquélla, y esto es lo que consideramos que sucede en este caso”.

Con todo el respeto que la opinión de dichos Magistrados inspiran al autor del presente trabajo, no es posible admitir como cierto que la situación fuera notoria en lo que respecta a la no previsibilidad e imposible evitabilidad de la hepatitis vírica que afectó al paciente, muy conocida su existencia en fecha anterior a finales del año 1989; y era sabido en el medio sanitario que podía evitarse el posible contagio siempre que fuera racional y médicamente posible evitar la transfusión; cuyos riesgos eran sobradamente sabidos, aún antes de haberse aislado el virus causante de tal enfermedad. La Administración tenía la obligación

de probar que, en aquél paciente concreto, en presencia de sus datos clínicos y de sus circunstancias vitales, el contagio de esta hepatopatía vírica era inevitable.

Evidentemente, la labor del letrado del Insalud resultó muy efectiva en cuanto a la información proporcionada a los Magistrados disidentes³², quienes, posteriormente, tuvieron una influencia demostrada en la Sentencia de la misma Sala, de 25 de noviembre de 2000.

Continuando el comentario de la Sentencia que ocupa este epígrafe, diremos que carecemos de datos suficientes que nos permitan un estudio pormenorizado de la afección y estado clínico del paciente en los distintos momentos en los que fue sometido a intervención quirúrgica y recibió la transfusión, por lo que no podemos pronunciarnos sobre la posibilidad de un tratamiento alternativo que permitiera evitar la enfermedad contraída. Sólo sabemos, porque así se contempla en la sentencia, que nadie ha puesto en duda que aquélla (la intervención quirúrgica) y ésta (la transfusión) se efectuasen para restablecer la salud de aquél (el paciente).

Respecto a la prueba, aunque es sabido que corresponde a la Administración demandada, los Magistrados del Alto Tribunal que disienten con la mayoría no lo entienden así, pues a su juicio se trata de un hecho evidente, entendiendo por tal la fecha del asilamiento del VCH.

Una posición muy cómoda y aparentemente convincente. Pero sabiendo, como sabemos, que en la fecha en la que sucedieron los hechos era sobradamente conocida la existencia de esta enfermedad y su transmisión por vía sanguínea, pudo perfectamente haberse esperado de la Administración su obligación de probar que, dado el estado clínico en el que se encontraba el paciente, y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento, era inevitable dicho tratamiento. Sólo en este caso podría calificarse el daño sufrido por el paciente como no antijurídico, pues ésta pudiera haber sido una de esas ocasiones en

³² *Excmos. Sres D. Jesús Ernesto Peces Morate y D. José Manuel Sieira Míguez.*

las que la causación del daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor.

Y, como esto no se hizo, como la Administración no probó la necesidad de la transfusión, aún admitiendo, como no puede ser menos, que los médicos no la efectuaron para producir daños al paciente, hemos de entender que es absolutamente justa la resolución emitida por la mayoría de los Magistrados:

“Estando probado que el acto médico o sanitario de la transfusión ha causado la hepatitis, y no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieran prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión o como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria, y que, en el mejor de los casos, se originó por caso fortuito lo que no excluye la responsabilidad de la Administración. Y como este daño es efectivo, evaluable económicamente e individualizado, y como el paciente no tiene el deber de soportarlo, estamos ante un daño que es antijurídico en sentido verdadero y propio [...] por lo que hay que declarar la responsabilidad extracontractual de la Administración y su obligación de indemnizar al lesionado”.

A esta sentencia, y en esta misma dirección, siguieron las dictadas los días 19 y 30 de octubre de 2000, relativas ambas a contagios de hepatitis C.

2.2.2. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del ³³Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2000 .

Lo que se debate aquí es una posible responsabilidad patrimonial como consecuencia del contagio de hepatitis C en el curso de un tratamiento hospitalario en instalaciones del Insalud, en el que la paciente

estuvo internada entre el 29 de julio y el 13 de agosto de 1988. En 19 de diciembre de 1988 fue diagnosticada de hepatitis aguda aunque sin proceder a su clasificación.

Nos recuerda el Tribunal, en esta Sentencia, el contenido de la de 31 de mayo de 1999³⁴ de esta misma Sala, en lo que se refiere a la distinción entre ciencia y técnica. Estimamos que este es un aspecto de la cuestión a estudiar que adquiere protagonismo real en el presente trabajo. Por ello, transcribimos su contenido:

“La técnica es, por lo pronto, un conjunto de actos específicos del hombre mediante los que éste consigue imponerse a la naturaleza, modificándola, vencéndola o anulándola; la técnica es a modo de un camino establecido por el hombre para alcanzar determinado fin, como puede ser vencer la enfermedad, en el caso que nos ocupa; y en este sentido podríamos decir que la técnica es un método para la aplicación de la ciencia [cuando ésta ha sido ya hecha] o para la práctica de una actividad artística; en el bien entendido -conviene advertirlo- de que la técnica unas veces sigue a la ciencia y otras veces la precede: lo primero cuando la ciencia existe ya, lo segundo cuando la ciencia está aún por hacer, situación ésta que puede darse, por ejemplo, cuando el hombre conoce solo los efectos de un fenómeno pero no sus causas; pese a ello, el hombre tendrá que enfrentarse con esos hechos, aunque -precisamente porque no posee la ciencia deberá hacerlo a través de meros tanteos y de intuiciones más o menos certeras; y la técnica es también, y por último, equipamiento instrumental con que se cuenta para esa aplicación. Uno de los resultados que se obtiene del empleo de ese camino o método y de la utilización de ese equipamiento es el saber experimental, el saber práctico.

33 *Recurso de casación para unificación de doctrina, núm.8780/1999.*

34 *RJ 1999\ 6154.*

La ciencia es otra cosa, la ciencia es saber teórico, conocimiento de los principios y reglas conforme a los que se organizan los hechos y éstos llegan a ser inteligibles. Se hace ciencia cuando, pasando de la anécdota a la categoría, se elabora una teoría que permite entender los hechos haciendo posible el tratamiento de los mismos.

Y nótese, también que el precepto habla de "estado" de esa ciencia y de "estado" de esa técnica. Y es que, una y otra, en cuanto productos humanos que son, se hallan sujetos a un proceso inexorable -imperceptible la mayoría de las veces, pero real- de cambio. Un proceso que suele verse como avance, y por eso se habla de "adelanto" de la ciencia, porque se piensa que ese proceso implica siempre una "ganancia", aunque los hechos, en ocasiones, vengan a desmentir esa creencia. En consecuencia, lo mismo la ciencia que la técnica, en su "avance" constante, pasan por diversos "estados" cuyo conocimiento puede obtenerse de una manera diacrónica -analizando la serie completa de esos distintos "estados"- o sincrónica -estudiando un "estado" determinado, la situación de la ciencia, o de la técnica, en un momento dado. En cualquier caso, hay que tener presente siempre que en el saber teórico -que es lo distintivo de la ciencia respecto de la técnica- hay distintos niveles, porque las teorías están ordenadas jerárquicamente, de manera que hay teorías que dirigen -y engendran- otras teorías".

2.2.3. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 30 de Octubre de 2000³⁵.

En el caso que aquí se comenta, el paciente afectado por una hepatitis C, consecuencia de un acto médico, recibió la sangre contaminada en 1986, año

³⁵ Recurso de casación para unificación de doctrina, núm. 8549/1999.

en el que sufrió una pancreatitis severa, para cuyo tratamiento precisó de varias transfusiones sanguíneas que se efectuaron entre febrero y marzo de dicho año.

En recurso de casación para unificación de doctrina, el Insalud alega prescripción de la acción, manifestando que habrá que tomarse como "dies a quo" el del diagnóstico de la enfermedad. Sobre este problema hay doctrina de este Tribunal Supremo que data, por lo menos, de 1983, estableciéndose con carácter general que el plazo no comienza a correr hasta que se estabilizan los efectos lesivos³⁶.

En esta línea, mantiene el Tribunal que en el caso de la hepatitis C se estima que el daño es de carácter continuado e ininterrumpido, y que no se puede confundir el hecho causante (la fecha del contagio) con las simples consecuencias, siendo éstas el objeto de la indemnización a que aquél da origen.

No admite la Sala la presencia de fuerza mayor, tema muy estudiado en la Sala de lo Contencioso-administrativo y, resuelto el punto de la no prescripción de la acción, se dice:

"Comprobada la realidad del daño, existiendo nexo causal entre la transfusión y el haber contraído la terrible enfermedad, siendo el hecho mismo del contagio imputable a la Administración, y tratándose de un daño antijurídico -es decir, un daño que el lesionado no tiene el deber de soportar- es patente que existe una responsabilidad extracontractual del INSALUD".

Por ello se estima que el paciente debe ser indemnizado por los daños ocasionados con el acto médico dañino.

Después de estas tres sentencias en la misma dirección, notoriamente inclinadas a respetar el derecho de los pacientes afectados por una enfermedad directamente relacionada con una transfusión previa de

³⁶ Sentencias de 8 de julio de 1983 (RJ 1983, 4118); de 9 de abril de 1985 (RJ 1985, 1802); de 28 de abril de 1987 (1987, 2534); de 1 de junio de 1988 (RJ 1988, 4367); de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1474); de 26 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3750); y siguen otras muchas a las que nos remite la Sentencia que comentamos de 30 de octubre de 2000 (RJ 2000, 9116).

sangre, causante de una hepatitis denominada no A no B, parece que se ha encontrado el camino correcto para dar respuesta adecuada a los pacientes que se ven afectados por una hepatopatía por VHC contraída antes de finales de 1989. Pero, sorprendentemente, la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo, contradiciendo de un modo aparentemente visceral su postura precedente, en un caso similar a los anteriores, declara la inexistencia de responsabilidad administrativa ante el contagio transfusional de hepatitis C.

2.2.4. Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 25 de Noviembre de 2000

Esta sentencia, de 25 de noviembre de 2000, merece ser resaltada especialmente, pues ella representa el punto de encuentro entre un antes y un después de una posición cuya escasa fortuna es el interrogante central sobre el que gravita todo el conjunto de la presente obra.

Para empezar, diremos que entre los Magistrados intervinientes en la misma se encuentran los dos que emiten su voto particular en la Sentencia, ya comentada, de fecha 31 de mayo de 1999. Pero en esta ocasión tienen mayor poder de convicción, en lo que se refiere a la aceptación de sus argumentos³⁷.

En esta sentencia no se percibe un equilibrio de poderes. La Administración, a través de su letrado, demuestra su superioridad frente al defensor de los derechos constitucionales del paciente que, en la práctica, se muestra como la parte más débil.

Cierto que la influencia del letrado de la Administración sobre el Alto Tribunal puede parecer justificada si partimos de entender que, teóricamente entendido, la Administración se supone imparcial, mientras se puede dudar de las motivaciones que impulsan al reclamante. Pero, en la realidad, tal como se expone en el presente caso, la Administración no se muestra objetiva al defender su posición, sino que persigue simplificar el tema; mientras que para el paciente pueden estar en juego valores de alto nivel, entre los que figura su dignidad. Por supuesto que

también el dinero tiene su presencia siempre en una reclamación patrimonial, como justa indemnización por una lesión sufrida cuando el paciente no tiene obligación de soportar el daño.

Nada negativo podemos decir del Tribunal, que actúa con el convencimiento de que los argumentos en los que basa la sentencia son el resultado de un silogismo de elemental aplicación. A ello se suma que aquí, como sucede tantas veces en distintas cuestiones, las circunstancias bajo las que actúa, y el empeño de la Administración en aligerar el peso que le corresponde, al que hemos de añadir la carga de la prueba, no dejan a la Sala mucho margen para atender la justa petición del reclamante.

Por otra parte, pesa considerablemente el Informe Científico elaborado conjuntamente por el Instituto de Salud Carlos III, la Real Academia de Medicina, la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y la Sociedad Española de Virología, informe que se ha evacuado en diversos recursos contenciosos tramitados ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional sobre esta cuestión. En este informe se ha fijado el último trimestre de 1989 como el momento en el que aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano.

Ello ha hecho suponer al Tribunal –hábilmente conducido por el letrado de la Administración– que antes de esta fecha no era posible reconocer la presencia en sangre del virus causante de la patología clásica de la denominada posteriormente hepatitis C. Gran error, sin duda, que permitió decir a algún autor³⁹: “Desde principio de los años ochenta se han generado diversas situaciones de alarma social ante los frecuentes contagios de enfermedades infecciosas acaecidos en los hospitales, principalmente públicos, de la Unión Europea. Enfermedades como el SIDA (VIH) en un principio, la hepatitis C (VHC) posteriormente...”

Ya queda dicho que el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), que se presentó con un

37 Recurso de casación núm. 7541/1996.

38 Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate.

39 COMINGES CÁCERES, Francisco: “Análisis Jurisprudencial de la Responsabilidad Administrativa por contagio de hepatitis C”, *Revista de Administración Pública*, núm. 155, pp. 193-222.

cuadro clínico desconocido hasta entonces, de forma brusca y alarmante, creando una justificada alarma social, sí fue de aparición reciente respecto a la fecha, pues en nuestro ámbito científico y cultural el primer caso fue detectado en Estados Unidos en 1981⁴⁰, quedando admitido que el año 1983 era conocido el Sida y su transmisión por vía transfusional, siendo a finales de este mismo año cuando se comenzó a utilizar un método de laboratorio, el Westean Blot, para descubrir su presencia en la sangre. Pero este no es el caso de la hepatitis C, conocido su cuadro clínico y la existencia del agente vírico causante de su patología desde varias décadas antes del final trimestre de 1989, aún cuando hasta este año no aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano, como muy bien se dice en el Informe antes mencionado.

Volviendo a centrarnos en el tema que motiva nuestra atención preferente, nadie duda sobre la necesidad de unificar los criterios a seguir sobre las resoluciones referentes al contagio de hepatitis C acaecidas en fechas anteriores a finales de 1989. Pero, la decisión tomada en este caso por el Alto Tribunal se sitúa en una posición en la que cierra posibilidad de amparo a un número de pacientes que no están obligados a soportar el daño causado por el desafortunado acto médico.

Y ello es así porque en la sentencia que comentamos se ignora la verdad científica, que muy bien pone de relieve la Audiencia Provincial de Asturias en su sentencia de 7 de octubre de 1993⁴¹:

[...] “una cosa es que en el año en el que se realiza la transfusión no se contemplara la obligación de efectuar las pruebas para la determinación de los anticuerpos del virus anti-VHC y otra distinta que no se pudiera constatar científicamente la existencia de otro tipo de hepatitis responsable hasta el 90% de las hepatitis postransfusionales (HPT) denominadas por esa misma razón no A no B. Entre estas hepatitis se

encontraba -lo que era conocido en el ambiente médico- la que en 1989 fue etiquetada como hepatitis C”.

Cualquiera que haya sido el motor impulsor, lo cierto es que con la resolución dictada por el Alto Tribunal en su Sentencia de 25 de noviembre de 2000, parece haberse dado por finalizado el tema de la reclamación patrimonial a los pacientes que sufrieron un contagio transfusional por VCH en fechas anteriores a finales de 1989, cerrándose con ella las discusiones sobre el tema. Pero, si pudiésemos aplicar aquí expresiones propias del ámbito médico, sería acertado decir que se “cerró en falso”. Y, cuando esto sucede en Medicina, se aplica el bisturí para abrir de nuevo la herida y sanear los tejidos dañados.

Esta posibilidad nos la permite la propia Sentencia que estamos comentando en el presente epígrafe. Y decimos esto porque, no obstante lo expuesto, el Alto Tribunal, en un aparente intento de justificarse ante sí mismo frente a la resolución que adopta, aprovecha el pequeño espacio que le permiten los distintos argumentos que presenta el letrado de la Administración, y vela por los intereses del paciente –considerado éste con carácter de generalidad-, cuando dice:

[...] “su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que **nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se realizasen para atender el restablecimiento de la salud del enfermo**⁴², razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguien-

40 El propio Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de octubre de 2001, así lo declara entre los hechos probados.

41 Sección 1ª (AC 1993\2121).

42 Esta expresión se encuentra también en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 (Recurso de Casación núm. 2132/1995), entendiéndose los Magistrados que emiten su voto particular, tal como expresan en el apartado quinto, que “su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo la transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquélla y ésta se efectuasen para atender al restablecimiento de la salud de aquél, razón por la que no debe imponérsele a la Administración demandada [...] la carga de probar un hecho evidente, en el que el propio perjudicado basa su pretensión...”

te, no viene obligada la Administración a repararlo al no concurrir el indicado requisito exigible por la doctrina jurisprudencial [...] para que nazca la responsabilidad de la Administración, y que ahora contempla expresamente el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, al disponer que <Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.....>

Volviendo a utilizar un lenguaje no frecuente en el ambiente jurídico, pero de clara significación práctica, podemos decir que, si bien es cierto que, con la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 25 de noviembre de 2000 el Alto Tribunal **cierra la puerta** a las posibles reclamaciones patrimoniales de los pacientes de hepatitis C, cuyo origen se encuentra en transfusiones de sangre efectuadas en fechas anteriores a finales de 1989, también lo es que **deja abierta una ventana** a estas posibles reclamaciones de enfermos con dicha afección vírica.

Hemos de aceptar como cierto que, en líneas de generalidad, la transmisión del virus causante de la hepatitis que motiva este estudio, era, desde decenas de años atrás, perfectamente previsible. Si esta hepatopatía fue evitable o no, es algo que se tendrá que tratar y analizar en cada caso concreto, en el ámbito de los Tribunales de Justicia, pero no se le puede negar al paciente, a priori, el ejercicio de su posible acción, con base en una cuestión terminológica.

Comentario

Por parte del autor del presente trabajo, la Sentencia que se comenta en este epígrafe merece el mismo juicio que se ha emitido en la de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta), de 22 de diciembre de 1997, con la cual tiene mucho en común.

Otros autores, si duda más expertos en el tema⁴³, no vacilan en decir de ella que:

[...] "tanto desde el punto de vista estrictamente jurídico, como desde el punto de vista moral que debe presidir la acción de un Estado de Derecho, la expresada resolución no parece muy acertada".

Después de poner de relieve las diferentes posiciones de los distintos Tribunales ante hechos idénticos, PELAYO PARDOS entiende que, moralmente, parece reprochable la postura de quienes mantienen que el Estado no tiene porqué soportar el elevado coste económico que supone indemnizar a los afectados, cuando el principio de solidaridad social es básico en un Estado de Derecho.

Por otra parte, compartimos con dicho autor la opinión que expresa cuando dice que desde el punto de vista científico es difícilmente defendible que en 1989 no se conociese en España el virus de la hepatitis C. Parece incuestionable que, en cada caso, debieron haberse cumplido las obligaciones en aquel momento exigibles, pues el nivel de los conocimientos científicos -que evidentemente existían- modula la diligencia que es exigible dentro del marco de la asistencia sanitaria.

3. Unificación de Doctrina

Tomada al azar, entre las muchas Sentencias del Tribunal Supremo que tratan sobre este mismo tema, traemos al presente la de 19 julio 2005⁴⁴, en la que se puede leer:

"Esta Sala del Tribunal Supremo, a partir de su Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (recurso de casación 7541/1996 [RJ 2001, 550]), viene considerando (Sentencias de 10 de febrero [RJ 2001, 2629] y 19 de abril de 2001 [RJ 2001, 4172], entre otras), en armonía con la doctrina de la

⁴³ PELAYO PARDOS, Santiago. "La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo": Actualidad del Derecho Sanitario, núm. 70, marzo 2000.

⁴⁴ Sentencia del TS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Sala Cuarta de este mismo Tribunal Supremo recogida, en sus Sentencias de 22 de diciembre de 1997 (recurso 1969/1997 [RJ 1998, 737]), 3 de diciembre de 1999 recurso 3227/1998 [RJ 1999, 9349]), 5 de abril de 2000 (recurso 3948/1998 [RJ 2000, 3284]) y 9 de octubre de 2000 (recurso 2755/1999 [RJ 2000, 9420]), que, cuando el virus VHC ha sido inoculado con anterioridad a su aislamiento [...] no era posible detectar su presencia en la sangre transfundida, de manera que en esos supuestos no resulta exigible a la institución sanitaria responsabilidad patrimonial alguna por la contaminación sufrida, salvo...”

Se ampara la precedente afirmación en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, normativa legal que preside la elaboración del presente trabajo.

Esta dirección quedó marcada para el futuro, y así, en Sentencia de 25 de septiembre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana⁴⁵ nos recuerda la del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6ª, de 13 de diciembre de 2004 - recurso 1360/2001- en la que se manifiesta:

“El problema del contagio del acto sanitario, realizado en Hospital público, de hepatitis C –debatido múltiples veces por nuestra Sala- ha dado lugar a una extensa jurisprudencia que puede ya hoy tenerse por definitivamente establecida en la Sentencia de 19 de junio del 2001, casación 1406/97”.

Sin embargo, con el mayor respeto, parece que debemos inclinarnos a admitir que esta jurisprudencia, que la Sala entiende como definitivamente consolidada, contempla **algunas excepciones**, que pasamos a comentar en las páginas que siguen, con apoyo, como ya queda dicho, en la posibilidad que nos ofrece la propia sentencia de 25 de noviembre de 2000

que sirve de referencia para la unificación de doctrina.

Preparamos el terreno para dar entrada a estas **excepciones a la doctrina jurisprudencial** valiéndonos, entre otros argumentos ya expuestos, de las reflexiones que siguen a continuación.

4. Reflexión sobre el virus causante de la hepatitis C.

El protagonismo que adquiere la expresión legítima actuación administrativa que no se hubiera podido prever o evitar según el estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos es evidente.

Llegado este punto, se hace preciso que dediquemos nuestra atención al agente productor de la hoy denominada hepatitis C, enfermedad conocida dentro del ámbito médico muchos años antes de que fuera aislado el virus causante de la misma. Independientemente de las dudas que parecen existir en el ambiente jurídico, la existencia del virus causante de esta hepatopatía era conocido dentro del ámbito sanitario, así como su transmisión por vía sanguínea; y era, asimismo, conocido el cuadro clínico que desde muchos años atrás venían sufriendo los pacientes afectados con la sangre contaminada con el agente productor. Se sabía, pues, lo mínimo suficiente para poder evitar su transmisión a una parte de los pacientes que resultaron afectados por esta importante enfermedad.

Al estudio y conocimiento de esta enfermedad le han entregado los investigadores tiempo y dedicación, y aún hoy quedan importantes dudas sin resolver. Pero con los datos procedentes de la valiosa y continua labor de investigación realizada sobre este virus, nos encontramos en condiciones de poder afirmar que un número indeterminado de hepatitis contraídas por vía transfusional en fechas anteriores al año 1989, pudieron haber sido evitadas.

4.1. Estado de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de los daños.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de de 31 de mayo de

45. JUR 2006\109366.

1999, ya comentada, dedica una gran atención al análisis de la distinción entre la ciencia y la técnica. Repetimos aquí uno de sus párrafos.

[...] “no basta que se invoque la insuficiencia de unos conocimientos científicos en la materia de que se trate, sino que es necesario que este estado insatisfactorio de la ciencia se pruebe, prueba que en el caso de autos -y por estricta aplicación de las reglas de la carga de la prueba- tendría que hacer la Administración”.

El estudio que hace el Alto Tribunal sobre los conceptos de técnica y ciencia merece ser leído con detenimiento, por el rigor con el que fueron estudiados y expuestos, pero remitimos al lector al texto original⁴⁶ y resumimos diciendo, como lo hace la Sala:

“Como se ve, no son pocos ni fáciles los problemas que tendrán que abordar los tribunales de justicia a la hora de afrontar la interpretación del nuevo sintagma que aparece en el artículo 141.1, inciso segundo, LRJ-PAC, haciendo patente algo que antes sólo estaba sobreentendido”.

Llegado este momento, es grato traer al presente las manifestaciones del Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro, hechas a través de su **voto particular** en Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 19 de junio de 2001⁴⁷. En el curso de la deliberación, dicho Magistrado formuló un voto particular discrepante con la mayoría de los componentes de la Sala, entendiendo que debió de haberse estimado la pretensión formulada por el recurrente. Con una dosis considerable de prudencia, en el fundamento jurídico segundo, dice:

[...] “en un tema como éste, en el que inevitablemente hay que hacer referencia al estado de la ciencia y de la técnica prefiero la consulta directa de estudios y trabajos monográficos sobre la materia, por más que no siempre esté en condiciones de ca-

lar el sentido último de algunos significantes, tratándose de campos científicos ajenos a la comunidad científica a la que pertenezco. Valga de excusa a mi atrevimiento que nos hallamos ante un caso en que se echa de menos una prueba pericial”.

Después de lo dicho, continúa:

“Y por ello me parece que no resulta del todo impertinente añadir que estos datos tendría que haberlos proporcionado la administración, así como también que este Tribunal Supremo cuando actúa -y es aquí el caso- como Tribunal de casación, no puede acordar la práctica de pruebas, y que, incluso, sólo muy excepcionalmente puede entrar en cuestionar la valoración de la prueba hecha por las salas de instancia.

Y como no es la primera ocasión en que nuestra Sala se ve literalmente “atada de pies y manos” por no disponer -obviamente como remedio de empleo excepcional y limitado- de la potestad de acordar la práctica de prueba “para mejor prever” [...] hago patente esta carencia que debería ser remediada, aunque ello obligue a replantear los límites de una justicia casacional”.

Por mi parte, no tengo palabras suficientes para agradecer al Excmo. Sr. Magistrado dichas inquietudes, muy en línea con mis propios compromisos y valoraciones, aunque con mayor credibilidad y acierto del que el modesto autor del presente trabajo puede aportar. En su voto particular, dicho Magistrado expone muy interesantes aspectos de la cuestión que tratamos, de la que sólo extraemos⁴⁸, para trasladar a este texto, párrafos muy concretos, pero de especial interés para la comprensión del tema en estudio.

48 Se contempla en este texto una pequeñísima parte del contenido del voto particular la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 19 de junio de 2001. Remitimos al lector al texto completo dado el interés y claridad que se perciben en la labor del Magistrado (RJ 2001\10059), así como a la Sentencia de 31 de mayo de 1999, parcialmente comentada, en la que hace un amplísimo estudio sobre la relación entre la ciencia y la técnica (RJ 1999\6154).

46 Recurso de casación núm.2132/1995.

47 RJ 2001\10059.

El Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro, entiende, y así se expresa:

- **“Sobre la identificación del agente causal que empezó siendo denominada Hepatitis no A no B (HNA-NB)”**:

Introducción.- A mediados de los años 70 comenzó a describirse un tipo de hepatitis, muy frecuente en receptores de transfusiones sanguíneas, que no estaba relacionado serológicamente con los marcadores de los virus de hepatitis A (VHA), ni B (VHB), ni con ningún otro virus hepatotropo. Al virus causante de este tipo de hepatitis se le denominó virus de la hepatitis no A no B (HNANB) y posteriormente se vio que era el responsable de más del 90% de casos de hepatitis postransfusional.

Los intentos por identificar el agente causante de la HNANB han pasado por numerosas dificultades. Tras muchos esfuerzos se ha podido identificar a dos de los agentes implicados en la HNANB. Por un lado, el virus de la hepatitis E (VHE), responsable de la HNANB epidémica y por otro el agente causal de la mayoría de las formas de NHANB, denominado en la actualidad virus de la hepatitis C (VHC).

Pues bien, esto quiere decir que el virus de la hepatitis que luego se llamó Hepatitis no A-no B (HNANB) aparece descrito ya en trabajos publicados en 1975, y que se sabía entonces que era responsable de más del 90% de los casos de hepatitis postransfusional.”

- **“De la primera propuesta de existencia de la hepatitis C al momento en que se tuvo una base firme para la caracterización del virus de la hepatitis C”**:

La existencia de uno o varios virus de la hepatitis C fue propuesta por primera vez por Price et al en 1974, tras la observación de la alta frecuencia de hepatitis postransfusional, en pacientes sometidos a cirugía cardiovascular, sin evidencia de infección por virus de la hepatitis B.

Una editorial aparecida en Lancet en 1975 acuñó el término de hepatitis no A no B para una patología cuyo diagnóstico debía ser hecho por exclusión,

Fue en 1989, cuando, utilizando métodos de biología molecular, investigadores de la Chiron Corporation clonaron un gen del virus de la hepatitis no A-no B, proporcionando una base firme para la caracterización del genoma del virus de la hepatitis C (VHC).

Con procedencia bibliográfica diferente, lo antedicho con el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco González Navarro coincide, en lo esencial, con el contenido del epígrafe que sigue a continuación, y que es ampliamente conocido por los médicos de nuestro entorno.

4.2. El contagio transfusional por VHC como suceso previsible

1.- Ya en el año 1956⁴⁹, los estudiantes de Medicina de nuestro país conocían la existencia de una hepatitis vírica, cuya etiopatogenia era distinta a otras hepatitis ya conocidas, y así se estudiaba en la asignatura de Patología Médica. Se sabía que esta hepatitis era transmitida por vía sanguínea, hasta tal punto que se consideraba como una enfermedad iatrogénica, es decir: producida por el propio médico con motivo de una inyección parenteral que portara la sangre infectada. Se contempla así, con absoluta claridad, en un libro muy conocido entre los profesionales médicos, que lleva por título *Compendio práctico de Patología Médica*, del que eran autores A.V. Domarus y P. Farreras, redactado y puesto al día por Pedro Farreras Valentí, profesor adjunto de Patología y Clínica Médicas en la Facultad de Medicina de Barcelona; con la colaboración de Egidio S. Mazzei, catedrático de Clínica Médica⁵⁰

Asimismo, monografías de amplia difusión médica, como la que lleva por título *Tratamiento de las hepatopatías*, de Editorial Científico-Médica (Barcelona, Madrid, Lisboa, Río de Janeiro) contemplaban la existencia de hepatitis viral transmitida por medio de la sangre.

⁴⁹ En este epígrafe, el autor del presente trabajo relata su propia experiencia personal como estudiante de Medicina que era en el año 1956.

⁵⁰ Universidad de Buenos Aires. Quinta edición, página 124.

Queda, pues, entendido, que los médicos que ejercían profesionalmente en nuestro país, tanto en sus consultas privadas como en las clínicas y hospitales del sector público, conocían perfectamente los posibles riesgos de una transfusión sanguínea, conocimiento que se hacía extensivo a los propios estudiantes de Medicina. Pero sabían ya mucho más.

2.- En realidad, tan pronto como fue conocido el hecho de que existían hepatitis de etiología viral, distintas a otras formas de hepatopatía, como lo son las hepatitis medicamentosa, alcohólica y otras muchas ya estudiadas, los investigadores emprendieron esta nueva vía de estudio. Intensos trabajos y distintos medios fueron ensayados hasta que se pudo identificar el virus de la hepatitis B, como podemos leer en la conocida revista JAMA⁵¹ de 1975, muy difundida, en nuestro país, en español, que contienen una amplia bibliografía sobre este tema.

3.-A mediados de los años 70, fue introducido el término de hepatitis no A no B para asignar aquellos cuadros de hepatitis que no podían ser atribuidos a los agentes víricos que habitualmente causan hepatitis en el hombre, ya conocidos por su nombre en aquella época, como son los virus A, B, D, Epstein-Barr y citomegalovirus, los cuales podían ser identificados con precisión mediante pruebas serológicas, y que se sabía no eran debidas a causas no infecciosas de hepatitis (fármacos, etanol, etc.). La existencia de este tipo de hepatitis se puso en evidencia fundamentalmente en pacientes con hepatitis postransfusional.

La hepatitis aguda no A no B (la que ahora motiva nuestra atención) es subclínica en la mayoría de las ocasiones, pero se estimaba que aproximadamente la mitad de los casos evolucionaban a la cronicidad, y en un 20% a cirrosis hepática. Después de numerosas investigaciones, se logró la transmisión de esta enfermedad a animales de experimentación.

Cierto que en 1980 aún no se había conseguido la caracterización completa del agente vírico causal de la hepatitis no A no B (NANB). Pero existían técnicas elementales que permitían detectar dicho virus,

aunque no se hubiera alcanzado a lograr el aislamiento e identificación del que, en el último trimestre de 1989 fue denominado virus de la hepatitis C (VCH).

Situándonos en el momento actual, se sabe que un elevado número de casos de hepatitis no A no B se deben al virus C, virus obtenido al clonar el genoma de un virus no A no B⁵². Y si bien es cierto, como ya queda dicho, que el estado de la ciencia no permitía identificar el virus de la hepatitis C en fecha anterior al año 1989, ello no impedía que fuera conocido el riesgo de contraer por vía de transfusión una conocida enfermedad que, pasado el tiempo, fue denominada hepatitis por virus C.

Así pues, antes de ser conocido por su nombre concreto, el VHC era conocido por los daños que producía, y se sabía que formaba parte de un grupo de virus al que se denominó NANB, lo que, a efectos prácticos sobre la salud del paciente, viene resultando de importante utilidad práctica. Si se hubieran rechazado, como donantes de sangre, a aquéllas personas con antecedentes de padecer una hepatopatía, o fuera estudiada la sangre cuando podían ser detectados los virus NANB, se hubieran excluido, asimismo, parte de los agentes que luego fueron bautizados como virus C. Pero la realidad nos conduce a entender que no se ponía, en la práctica, ninguna medida preventiva para intentar evitar estos daños.

De manera tangencial y con escasa fortuna en su apreciación objetiva, esta posición figura comentada en el texto de la Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo, ya comentada⁵³, en la que se dice:

[...] “incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos, no se le podía exigir a la Administración sanitaria que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba en todo en Estado”.

El profesional de la medicina ha de atender al paciente de forma individual, poniendo el debido

51 *The journal of the American Medical Association, ejemplares de enero Vol. 1. N° 1) febrero (Vol. 1. N° 2) y de agosto (Vol. 1, N° 8) de 1975.*

52 *Revista Medicina Integral, 1989, pp. 217-221.*

53 *Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 1997; núm. de recurso: 1969/1997.*

cuidado en obtener beneficios para el mismo, pretendiendo su curación o su posible recuperación, por lo que, como es sabido por todos, ha de evitar, cuando es posible, la presencia de daños innecesarios.

Cada enfermo es diferente⁵⁴ y a cada uno, independientemente de criterios generales, ha de aplicársele el tratamiento adecuado a su caso, después de ponderar debidamente los pros y los contras de una transfusión. El deber de cuidado es el primer principio que ha de regir en una actuación médica, evitando daños, salvo en ocasiones límites en las que está en juego la vida del paciente, pues conocida es la existencia de situaciones en las que el paciente queda obligado a aceptar un mal menor para salvar la vida.

Una costumbre, admitida con carácter general por la Administración sanitaria, permitió que muchas de las transfusiones de sangre realizadas en los años precedentes a 1989 posibilitaran que, años después, el paciente se viera sorprendido con los desfavorables efectos propios de una hepatopatía por VHC.

Por supuesto que no se actuó con intención de dañar. Ello no es concebible en el desempeño de la profesión médica. Sencillamente, se buscó una solución rápida e inmediata a la situación clínica del paciente en aquél preciso momento, sin pararse a considerar la conveniencia de elegir otro tratamiento, no sanguíneo, quizá menos espectacular por su rapidez y efectos inmediatos, pero carente de los riesgos que conlleva siempre la transfusión de sangre, riesgo que continúa existiendo aún en el momento presente, y de lo que es un duro ejemplo la presencia de enfermedades desconocidas hasta tiempos presentes, como sucedió con el Sida.

Por ello, nos vemos obligados a puntualizar el párrafo anteriormente comentado, presente en la conocida Sentencia de 22 de diciembre de 1997, por entender que a la Administración se le podía haber

exigido, no que suspendiera todas las transfusiones, pero sí que las limitara a los casos en los que fueran imprescindibles, o al menos, científicamente justificadas, pues se sabía perfectamente que existían unos virus (independientemente de su nombre) que se transmitían por vía sanguínea, con una peligrosidad de alto nivel para el paciente transfundido.

Por más que existan protocolos de actuación, con normas genéricas, cada paciente es diferente y diferentes son las muchas circunstancias que rodean su situación concreta, ya procedan de las propias peculiaridades vitales en las que se encuentre el enfermo, y de la posible reacción de su organismo, ya lo sea por las particularidades específicas en las que el virus ha entrado en la sangre del donante, y de ésta al paciente.

Ello nos permite afirmar que, aunque en fechas anteriores a finales de 1989 no se hubiera alcanzado a identificar y aislar el virus de la hepatitis C, la Administración nunca debió de permitir que la salud del ciudadano quedara merced al cálculo de probabilidades, debiendo haber aplicado en su día las oportunas medidas preventivas para proteger su salud.

La jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo es muy significativa, en lo que respecta a la cuestión jurídica determinante de responsabilidad, cuando, en Sentencia de 10 de junio de 2004, dice⁵⁵:

[...] “esta es [...] prever las consecuencias, evitar las posibilidades (de infección) y evitar el daño, en transfusiones en época en que se conocía la realidad de unas infecciones que se denominaban hepatitis no A no B”.

La íntima relación que existe entre la previsibilidad y la evitabilidad del contagio de la hepatopatía que hoy se denomina hepatitis C queda patente en la exposición precedente, y se completa con el epígrafe que sigue.

54 Es muy conocida y aplicada en la práctica la frase de que “no existen enfermedades, sino enfermos”, lo que significa que cada persona ha de ser atendida de forma individual, de tal manera que una transfusión de sangre puede ser necesaria, e incluso imprescindible, en un determinado enfermo, mientras en otros casos, ante la misma patología, el estado del paciente admite otro tipo de tratamiento para lograr su curación, o, al menos, cierto grado de bienestar.

55 COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA. “Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis por transfusión sanguínea”. Comentario a la STS núm. 527/2004, de 10 de junio, en Actualidad civil, 2004, T.2, pág. 2428 y ss.

4.3. *El contagio transfusional por VHC como suceso evitable*

Cierto, como ya queda dicho, que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el concreto virus C de la hepatitis, pero si resultaba posible evitar el contagio de dicha enfermedad, cualquiera que fuese el nombre por el que fuera conocida (virus no A no B), particularmente cuando no existía necesidad imperativa de llevar a cabo la transfusión sanguínea.

El contagio derivado de una transfusión de sangre que podía haberse evitado, bien porque hubiera sido posible detectar la presencia en sangre el virus no A no B con los medios disponibles en cada momento, según el avance de la ciencia, bien porque la transfusión pudiera ser suplida por un tratamiento médico de menor riesgo, debe entenderse como un daño antijurídico y, por consiguiente, entendemos -utilizando el texto de la Ley- que queda obligada la Administración a repararlo, pues concurren los requisitos exigibles por la doctrina jurisprudencial y contemplados legalmente: *Serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.*

Avalando esta posición, traemos al presente la Sentencia del la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 1997, en la que el Alto Tribunal⁵⁶ se pronuncia sobre este tema de la evitabilidad:

“[...] aunque el estado de la ciencia no permitiera detectar la sangre contaminada, sí se conocía la existencia de un posible riesgo de contagio transfusional, por lo que, por un lado, se debería haber reducido el riesgo de transfusiones y, por otro, se debería haber informado al enfermo de los posibles riesgos de contagio”.

⁵⁶ Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (Sala Primera), de 18 de febrero de 1997 (RAJ 1997, 1240, MP: José Almagro Nosete).

Y, por su parte, la Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia de 2 de noviembre de 1994⁵⁷, dice:

[...] “una cosa es que el año en el que se realiza la transfusión no se contemplara la obligación de efectuar las pruebas para la determinación de los anticuerpos del virus anti-VHC y otra distinta que no se pudiera constatar científicamente la existencia de otro tipo de hepatitis responsable de hasta el 90% de las hepatitis postransfusionales (HPT) denominadas por esa misma razón no A no B”.

Los anteriores textos, procedentes de destacados miembros de la Magistratura, permiten entender que, también en el ámbito jurídico, el tema relacionado con las hepatopatías víricas era conocido.

En consecuencia, podemos afirmar que, aunque antes del año 1989 el estado de la ciencia no permitiera la identificación de los marcadores para detectar el virus causante de la hepatitis C, pues la técnica no había alcanzado el nivel suficiente, si existían técnicas elementales que permitían conocer la existencia de un peligro real de transmitir este virus a través de una transfusión. Y este peligro debía de haberse evitado siempre que fuera posible, posibilidad existente en muchas de las situaciones clínicas sufridas por los pacientes, que se vieron expuestos a un gran riesgo para su salud o para su propia vida cuando se optó por atender su situación clínica utilizando la vía parenteral, sin ponderar su conveniencia ante los conocidos riesgos para la salud futura del paciente.

Frente a los posibles efectos de contagio a través de la transfusión de sangre, debió de extremarse la prudencia y, en los casos que médicamente se estimara posible, proponer alternativas médicas diferentes a la transfusión.

4.4. *Informe emitido por el Ministerio de Sanidad, en 1986*

La mejor prueba de la verdad de cuanto queda dicho nos la proporciona el propio Ministerio de Sa-

⁵⁷ Sección 19. Ponente: Sr: DIAZ MENDEZ, Arz. 3482.

nidad y Consumo, pues la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente a este Ministerio redactó un Informe, en mayo de 1986, con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada “hepatitis no A no B”, Informe que fue incorporado a autos con motivo de la reclamación presentada por un paciente, en recurso que dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2 de noviembre de 1994.

En pura lógica gramatical y consecuente, podemos afirmar que la Administración conocía la realidad de que se estaban produciendo un elevado número de hepatitis vírica por vía transfusional (HPT).

Sabemos, además, que este Informe fue realizado a instancias de la Asociación Americana de Bancos de Sangre, quien aconsejó la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaninotransferasa (ALT) y de otros que se encontraban en circunstancias que en el informe se detallaban. Ciertamente que no eran pruebas específicas para detectar el virus de la que luego fue conocida por el nombre propio de hepatitis C, denominándose por ello, “**pruebas alternativas para la hepatitis no A no B**”.

Y esto se hizo saber en todos los niveles científicos, aún conociendo que ello podía plantear ciertos problemas, como constató el Grupo de Expertos en Inmunohematología y Hemoterapia del Consejo de Europa, pues un elevado número de unidades de sangre habrían de ser desechadas. Se deduce como verdad que no todas las unidades a desechar contenían el virus que pasado el tiempo se denominó VCH, porque todavía no se había alcanzado el nivel preciso para conseguir su aislamiento e identificación, pero sí se conocía que estaba entre las unidades que habían de ser descartadas. En el grupo a desechar se encontraban, en este proceso de selección, unidades que se estimaban, con los datos científicos y técnicos del momento, portadoras de otros posibles agentes patógenos. En cualquier caso, se aconsejaba prescindir de una sangre que carecía de garantías para la salud de los pacientes.

Sucedió que en muchos de nuestros Hospitales se desoyó el prudente consejo de la Asociación Americana de Bancos de Sangre. Una evidente prueba del aparente descuido de la Administración, que antepuso

intereses económicos a las garantías que debía a los ciudadanos, muchos de ellos futuros pacientes de hepatitis C debido a esta dejación de la Administración.

Quizá sea éste el momento de recordar que sobre las garantías que la Administración debía a los pacientes ya existían, desde muchos años antes, importantes publicaciones; y que ya la propia Administración tenía muy clara su posición, al menos en el plano teórico, cuando, en el Reglamento para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 7 de julio de 1972, contempla⁵⁸ ciertos principios a favor de la salud del paciente .

La publicación de la Ley General de la Sanidad de 25 de abril de 1986, nos permite afirmar que la prestación de asistencia sanitaria llevada a cabo por el servicio público de salud (sea el Insalud o las entidades que vinieron a sustituirlo con motivo de la transferencia a las Comunidades Autónomas) ha de enmarcarse dentro de los principios generales de la misma, de lo que resulta que el derecho a la protección de la salud implica que se realicen todas las acciones que lo hagan efectivo, y por ello es claro que la asistencia sanitaria prestada a los beneficiarios de la Seguridad Social está englobada en el servicio público de protección a la salud, servicio público que como tal es responsable de la lesión que por su funcionamiento normal o anormal sufra todo particular, “salvo que sea debido a fuerza mayor”.

Formalmente, la Administración estaba, pues, comprometida a velar por la salud del posible enfer-

⁵⁸ Fue en 1978 cuando el Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto recoge en su anexo una serie de garantías para los usuarios de centros hospitalarios, que era una verdadera Carta de Derechos del Paciente. Muy próxima en el tiempo, la Constitución española de 1978 dedica varios de sus artículos a la protección de los derechos del ciudadano-paciente. El hecho de que un defecto de forma, por falta del dictamen del Consejo de Estado motivara su nulidad, no oculta los buenos deseos de la Administración.

En 1984, como instrumento básico del Plan de Humanización de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud, se dio a conocer la Carta de los Derechos y Deberes del paciente. En su artículo 4 se contemplaba lo que después se legisló en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, de 1986.

mo, pero en la práctica no vaciló en incumplir en consejo recibido de la Asociación Americana de Bancos de Sangre, dejando que el azar distribuyera entre los futuros receptores de la sangre transfundida el conocido virus causante de una hepatopatía que posteriormente, en 1989, pudo ser aislado, recibiendo la denominación de VHC.

El coste que pudiera ocasionar la eliminación de la sangre científicamente “no apta”, y en consecuencia, desechable, nunca hubiera podido ser superior al ocasionado por el contagio que se produjo como consecuencia del desinterés administrativo.

Visto desde distinto ángulo, la realidad de lo sucedido nos permite afirmar que los costes económicos que pudieran ocasionar estas medidas de prevención no hubieran alcanzado un nivel de tal magnitud que permitieran poner en cuestión el mantenimiento de los Bancos de sangre.

5. El “riesgo no permitido” de infección. Correcta actuación sanitaria

En líneas generales, podemos decir que no son riesgos no permitidos aquéllos que resultan objetivamente imprevisibles, algo que es obvio y que ya era conocido antes de la entrada en vigor del artículo 141.1 de la Ley 30/199, en la redacción de la Ley 4/1999. Y tampoco lo son aquéllos que aunque pudieran estimarse, en alguna medida, previsibles y evitables, proporcionan, con su permisión, mayores beneficios que los que resultan de su prohibición

Jesús María SILVA SÁNCHEZ nos pone ejemplos concretos, a los que remitimos al lector⁵⁹, y nos habla de un problema especial que pudiera suscitarse respecto de aquéllos focos de infección cuya neutralización, sin llegar a lo anterior, tuviera importantes costes económicos. Nos dice:

“Debe partirse de la inexistencia de un riesgo permitido, salvo que los costes fue-

ran tan importantes que pudieran poner en cuestión el propio mantenimiento del sistema sanitario”.

No existen, por escrito, normas de cautela que permitan estimar el riesgo que ha de mantenerse dentro del ámbito de “riesgos no prohibidos”, pero, siguiendo a este autor, podemos decir que se deberá actuar según una ponderación de “riesgos-beneficios”, entendiéndose que debe ser aplicado lo más beneficioso para el paciente.

En el caso de las transfusiones de sangre contaminada por virus causantes de hepatitis, clínicamente conocida en los distintos medios sanitarios, y que posteriormente al año 1989 fue etiquetada como hepatitis C, debieron estar presentes todas las cautelas, tanto las de carácter general como las de aplicación a cada caso en concreto.

Sin duda, se trataba de un “riesgo no permitido”, riesgo que la Administración asumió unilateralmente, por lo que está obligada, legal y moralmente, a indemnizar a los afectados.

Sin embargo, hemos de tener presente que no puede calificarse de antijurídico un daño cuando concurre un título jurídico que lo imponga como rigurosamente inexcusable, efectivamente querido o al menos eventualmente aceptado⁶⁰. Por ello, podemos añadir a lo expuesto que en una parte de los pacientes afectados por hepatopatía vírica, por medio del virus que después de finales del año 1989 fue denominado virus C, el acto médico de la transfusión no puede entenderse como antijurídico. Y ello, no tanto porque el virus no fuera individualizado hasta dicha fecha, lo que nadie pone en duda, sino porque en todos aquéllos casos en los que la necesidad de la transfusión era imprescindible para salvar la vida del paciente no había alternativa posible.

Podemos aplicar aquí las palabras escritas por López Menudo⁶¹ “Debe quedar claro, pues, que la

59 Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Catedrático de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, versión revisada del texto de la ponencia presentada por el autor en el marco de VIII Congreso Derecho y Salud. Santiago de Compostela, noviembre de 1999.

60 “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el incumplimiento de informar acerca de tratamientos alternativos”, en *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 35.

61 LOPEZ MENUDO, Francisco: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en

exoneración de la responsabilidad de la que aquí nos ocupamos sólo alcanza a la hipótesis de que la ignorancia sobre el posible riesgo creado haya sido humanamente imposible de vencer”.

El paciente había de soportar el daño causado, en su caso, por la sangre contaminada, siempre que dicho tratamiento hubiera sido necesario para proteger su vida. Y así se estableció por parte de los Tribunales que, **sin perjuicio de aquellas excepciones que pudieran venir motivadas por las peculiaridades del caso concreto**, el paciente vendría obligado a soportar el daño precisamente porque habrá que entender que concurre una causa de justificación”.

En consecuencia, el tratamiento médico de transfusión sanguínea, evitando otros medios terapéuticos alternativos de menor riesgo para el paciente, aplicado sin contar con el consentimiento del paciente, solamente puede estar ajustado a derecho si fue practicado basándose en la gravedad de la situación clínica del enfermo en el momento concreto en el que fue transfundido. Bajo dichas circunstancias, el riesgo de que esta sangre pudiese estar contaminada habría de soportarlo el paciente, debiendo entender que el daño que podía sufrir en el supuesto de que le fuera transmitido algún agente vírico, debía de ser aceptado como un “mal menor”.

La realidad práctica nos conduce a afirmar, como lo hace la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo⁶² en sentencia de 24 de junio de 1997:

[...] “aún sin haberse aislado los respectivos virus ni existir test a nivel mundial, ante la detección de casos se debieron reservar las transfusiones a casos de riesgo vital o de consecuencias graves e irreparables para la salud, en casos de inexistencia de medios alternativos de curación y siempre con información de riesgos”.

la definición del sistema”, Derecho y Salud; Volumen 8, n.º 2, Julio-Diciembre 2000; p. 78.

⁶² En esta ocasión se trata de un caso de transmisión de SIDA, pero entendemos que la filosofía es la misma que debe regir para los casos de hepatitis por virus C ocurridos durante este período.

5.1. Consentimiento informado

Sobre la necesidad de la presencia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico (incluyendo como tal la transfusión de sangre), existe abundantes publicaciones⁶³, que se multiplicaron después de la entrada en vigor de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre.

En cuanto a la jurisprudencia, podemos decir que, en el presente, resulta incontable el número de sentencias de los distintos tribunales que insisten en la necesidad de la presencia del consentimiento del paciente ante el tratamiento médico, entendiendo que se trata de un presupuesto y elemento integrante de la “lex artis ad hoc”; si bien se matiza⁶⁴ que “la regla general de exigibilidad del deber de informar cede ante supuestos de peligro inmediato y cierto para la salud o la vida del enfermo, esto es, ante situaciones de urgencia que impida, por la necesidad de actuar clínicamente, obtener el consentimiento informado del paciente”.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo prestó atención a este deber de información⁶⁵, entendiendo que “la Entidad Gestora debe acreditar el haber informado suficientemente al paciente o a sus parientes, en su caso, de los concretos riesgos que la actuación médica comporta y que, a pesar de ello, se hubiere consentido expresamente este acto médico”.

Pero es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo la que, en sentencia de 17 de octubre de 2001⁶⁶, con-

⁶³ El propio autor del presente trabajo tuvo conocimiento directo, en 1985, del que lleva por título Aspectos penales del consentimiento en el tratamiento médico, publicado por el Insalud, Servicio de Relaciones Públicas, Información y Publicaciones; núm. 1442. Madrid.

⁶⁴ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala cuarta), de 8 de junio de 1999, en cuyo Fundamento de derecho cuarto se contempla el párrafo que se transcribe entrecorillado.

⁶⁵ Sentencia de 19 de abril de 1999; núm. de recurso 1430/1998. Fundamento de derecho quinto.

⁶⁶ En esta Sentencia se puede leer: “Tal información pretende iluminar al enfermo para que pueda escoger con libertad dentro de las opciones posibles, incluso la de no someterse a ningún tratamiento o intervención. Tal derecho del enfermo encuentra su

templa con mayor amplitud y extensión la obligación del médico de informar al paciente de los riesgos de la transfusión sanguínea, sentencia que el Tribunal Constitucional tiene presente en Auto⁶⁷ de 30 de marzo de 2003.

En el caso que motiva esta conocida Sentencia de 17 de octubre de 2001, entiende la Sala que no consta que se informase de la necesidad de recibir sangre debido al descenso del hematocrito, ni se le ofrecieron posibles alternativas, como la de recibirla de sus familiares y allegados, y no del servicio sanitario de prestación de sangre, donde no existían garantías de no contagio. Concluye el Tribunal diciendo que no se prestó consentimiento válido, pues aunque se reputa necesaria la transfusión, como recoge el fundamento jurídico de la sentencia de primer grado, ello no impedía que se hubiera utilizado la transfusión de un tercero una hora o más después de aquella en que se practicó.

Por lo que respecta a la jurisdicción contencioso-administrativa, podemos recordar al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que, en Sentencia de 19 de julio de 2005⁶⁸, pone de relieve el riesgo de la transmisión de la hepatitis, por lo que la

fundamento y apoyo normativo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la persona que consagra en su artículo 10.1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupa el artículo 1.1, reconduciendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presentan de acuerdo con sus propios intereses y preferencias – Sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio- en el artículo 9.2, en el artículo 10.1 y demás en los Pactos Internacionales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966. Dentro de la propia normativa española se regula específicamente en la Ley General de Sanidad y en el Convenio Internacional para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, como ya recordó la Sentencia de esta Sala de 12 de enero de 2001".Arz. 2001\8741.

67 Sección 1ª. Auto núm.121/205.

68 Sentencia núm. 905/2005.

transfusión requería “haber obtenido el consentimiento del paciente”.

Por otra parte, si entendemos la transfusión de sangre como un trasplante de tejidos –apreciación defendida por ciertos autores- la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, entiende necesario que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente puedan derivarse del acto médico. Asimismo, que exprese por escrito su consentimiento para la realización [...] cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos.⁶⁹

En cualquier caso y en todo tiempo, existe la obligación de informar al paciente de los riesgos que conlleva una transfusión de sangre, riesgos sobradamente conocidos a lo largo de la segunda mitad del siglo veinte, o de proponer, o acudir, a terapias alternativas.

5.2. Aplicación de la *lex artis*

Después de lo expuesto, hemos de entender que:

Ha de definirse como antijurídico el daño producido consecuencia de un acto médico cuando al realizarlo no se ha hecho un correcto empleo de la “*lex artis*”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 14 febrero 2005⁷⁰ nos recuerda -en su Fundamento de Derecho Tercero- que se viene definiendo como no antijurídico el daño cuando se había hecho un correcto empleo de la “*lex artis*”, lo que, según se lee en el texto de dicha sentencia, ya venía siendo entendido así con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.

Ciertamente, la relación entre la antijuricidad y la *lex artis* está presente en muy diversas sentencias del

69 Artículo sexto, puntos a y c.

70 Recurso de casación núm. 1077/2001 Ponente Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro.

Tribunal Supremo. Su Sala Tercera, en Sentencia de 19 de octubre de 2004, destaca la “consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo (y que resulta también de la Doctrina del Consejo de Estado) según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable) sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta”

Asimismo, en Sentencia de la Sala de lo Civil de 1 de febrero de 2008⁷¹, se puede leer:

“En el ámbito médico, el criterio que mide la antijuricidad es el de la “*Lex artis*”, que determina si la actuación médica ha sido correcta, pues lo cierto es que no basta con la mera materialización de un resultado lesivo para imputar responsabilidad a la Administración”

Se entiende así porque, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas por el paciente tuvieran su causa en la actuación médica (transfusiones), si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste⁷².

Pero cuando en el caso que motiva la reclamación de responsabilidad patrimonial resulte evidente que los médicos debieron haber actuado con mayor prudencia, y no valoraron adecuadamente los beneficios esperados de estas transfusiones frente a los conocidos riesgos que conlleva toda transfusión sanguínea, el daño producido puede ser calificado de antijurídico. Nos situamos en un lugar del tiempo en el que los riesgos eran perfectamente conocidos, aunque no

lo fuera el nombre concreto de la que posteriormente fue denominada hepatitis C, por lo que muy bien pudo ser estimada la alternativa de utilizar una medicación farmacéutica adecuada a la patología sufrida por el paciente.

En ningún caso se trata de culpar a los médicos intervinientes, a los que el autor del presente trabajo respeta profesionalmente, pues cuando ponemos en relación la antijuricidad del acto productor del daño con la vulneración de la *lex artis*, este autor tiene presente la sentencia, entre muchas otras, de la Audiencia Nacional⁷³ de 8 de noviembre de 2000, que recuerda que para que se estime una pretensión de responsabilidad patrimonial de la Administración, de lo que se trata es de que se valore si el daño producido puede considerarse antijurídico, no siendo necesario que concurren factores subjetivos de culpabilidad, siguiendo la línea marcada por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de octubre de 2000, que se refiere al elemento de la antijuricidad y establece, en efecto, que el título de atribución concurre cuando se aprecia que el sujeto perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Parece justo que la *lex artis* sirva de medida de la antijuricidad del acto médico, pues lo contrario convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora universal de todos los riesgos vividos dentro del ámbito sanitario, lo que podía resultar ampliamente distorsionador en el desempeño de la medicina y no resulta acorde con el significado de la responsabilidad extracontractual, aunque sea objetiva o por el resultado, afirmación que hacemos teniendo presente lo argumentado por la Sala en múltiples sentencias, entre las que podemos destacar la de 7 de febrero de 1998⁷⁴.

Resumiendo lo dicho, podemos admitir que es cierto que en fechas anteriores a finales de 1989 el estado de la ciencia no permitía identificar el virus de la hepatitis C, pero no por ello podemos permitirnos afirmar que el daño producido al paciente transfundido en fechas anteriores a dicho año no es indemniza-

⁷¹ Ponente: Sra. Robles Fernández.

⁷² Posición hoy recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que vino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional.

⁷³ Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª. Recurso núm. 694/1999 (JUR 2001, 72871).

⁷⁴ Recurso de casación 6.282/93.

ble, puesto que la transmisión por vía sanguínea de la hepatitis era conocida por sus efectos y muy bien pudiera evitarse en algunos de los pacientes afectados.

A los pacientes incluidos en este grupo no se les puede decir que están obligados a soportar el daño que se les produjo con la transfusión de sangre infectada, portadora de la hepatitis que sufrieron como consecuencia de este acto médico, independientemente del nombre que, con anterioridad a la fecha en la que pudo ser aislado e identificado el VHC, recibiera el agente causante del daño.

Por otra parte, y en líneas generales, podemos recordar la afirmación del catedrático Vicente García⁷⁵, quien mantiene que la total garantía de ausencia de riesgo no existe en la transfusión. Y la propia administración sanitaria se sitúa en esta dirección argumental cuando afirma⁷⁶ que “no existe ningún tratamiento que esté libre, al cien por cien, de efectos secundarios”.

Por su parte, la profesora Marcela Contreras⁷⁷, del Royal Free Hospital Medical School, de Londres, ha puntualizado que:

[...] “la transfusión no deja de ser un trasplante de tejidos de una persona a otra, con los problemas inherentes al mismo: es algo ajeno y puede ser un vector de enfermedades infecciosas.”

Por eso, no se puede generalizar calificando el daño de una hepatitis como de no indemnizable, justificando esta afirmación en la aplicación de un descubrimiento técnico aplicado en una fecha determinada del año 1989. Es preciso estudiar independientemente cada paciente afectado, las circunstancias personales que motivaron la transfusión, y estimar la necesidad cierta e ineludible de este concreto tratamiento, para

⁷⁵ Según se puede leer en la prensa Diario Médico de 25 de septiembre de 1998.

⁷⁶ Sentencia de 28 de octubre de 1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aunque referida a contagio postransfusional por virus B, la entendemos de aplicación en el presente estudio. Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

⁷⁷ Diario Médico citado.

poder afirmar que el daño causado, en cada paciente individualizado, no es susceptible de ser indemnizado.

7. Problemática de la prueba

Respeto al contagio por vía de transfusión sanguínea en fechas anteriores a 1989, se viene admitiendo como cierto que cabe imputar responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria cuando la sangre productora del contagio procede de un donante diagnosticado de hepatitis no A no B (HNANB), aun admitiendo que el virus VHC fue aislado posteriormente⁷⁸.

Pero nos estamos situando en una época en la que la administración sanitaria tenía dificultades para aportar datos sobre este tema, pues el caso que se contempla en la comentada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1991 venía siendo lo habitual: extravío de parte de la historia clínica del paciente y defectuosa organización en el control de donantes, con datos equívocos en el fichero, lo que impedía el conocimiento de la evolución del mismo.

Por otra parte, se trata de una enfermedad que en la mayor parte de los casos evoluciona lentamente⁷⁹, con largo período de tiempo entre la fecha del contagio y la aparición de los síntomas que le son propios, por lo que, según nos recuerda algún autor⁸⁰, son considerables las dificultades para que el demandante pueda acreditar, de forma indudable, su íntima relación.

En sentencia de 4 de diciembre de 2007, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que no cabe confundir las presunciones con las deducciones que, para sentar las conclusiones, extraen los juzga-

⁷⁸ Fundamento jurídico 3º, párrafo quinto, de Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001 (RJ 2001\10059).

⁷⁹ Para información sobre esta enfermedad podemos acudir a HARRISON, Principios de Medicina Interna, Interamericana, 16 edición, Vol. II, pp. 2031-2043.

⁸⁰ Sobre esta cuestión fáctica, vid. COMINGES CACERES, Francisco: “Análisis jurisprudencial de la Responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, Revista de Administración Pública, 2001, núm. 155, p.204.

dores de las denominadas pruebas directas o de las máximas de experiencia.

Siguiendo este camino, la jurisprudencia pondera los indicios existentes en cada caso, y se viene considerando probada la relación de causalidad entre la actuación de la Administración sanitaria y la transmisión del virus ante los siguientes hechos:

- Que al recurrente se le haya practicado un transfusión sanguínea apta para producir el contagio
- Que el paciente esté excluido de los demás grupos de riesgo de infección: drogadicción, promiscuidad sexual, etc.
- Que antes de la actuación sanitaria no mostrara síntomas de padecer la enfermedad.

Conforme a lo dispuesto, de lo que ya se ha ido dejado constancia a lo largo de esta exposición, el paciente no tendría que probar nada más, pues al amparo de la ley que rige en temas de responsabilidad objetiva de la Administración, es ella la que tendría que probar que, en el momento del contagio, el daño producido con el acto médico de la transfusión era imprevisible o inevitable.

Pero sobre este tema planea la disertación expuesta por el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, que quedó patente en sentencia de 25 de noviembre de 2000, débiles argumentos que se impusieron sobre la verdad científica, orientando la voluntad de los Magistrados del Tribunal Supremo hacia una dirección de absoluta comodidad para la Administración. De buena fe, fue aceptada una elemental conclusión, con base en los argumentos expuestos por el letrado del Insalud, parciales y sin base científica suficiente, por lo que no va a resultar nada fácil alcanzar a conseguir que cada caso sea individualizado y estudiado, con la amplitud que merece, ante los tribunales de justicia.

En el supuesto de que esta situación no se normalice, sólo cabe acudir a la posibilidad que el propio Tribunal Supremo nos ofrece en su Sentencia de 25 de noviembre de 2000, tantas veces mencionada, cuando, con motivo del caso que trata, dice: nadie ha puesto en duda que aquélla (la intervención) y ésta (la

transfusión) se realizasen para atender el restablecimiento de la salud del enfermo.

Teóricamente, corresponde a la Administración demostrar que la transfusión recibida por el ahora reclamante era, con los medios y conocimientos médicos del momento, vitalmente necesaria para su tratamiento, y que no podía ser sustituida por ninguna otra medida razonablemente adecuada al caso.

Pero, dadas las circunstancias, que han marcado un camino ajeno a los legítimos intereses del paciente, es fácil entender que ha de ser el letrado del reclamante quien se vea obligado a soportar una gran parte de la carga de la prueba, y tenga que presentar indicios racionales de veracidad de las afirmaciones en las que se basa su demanda. Sin duda alguna, estos datos debieran constar escritos en la historia clínica del paciente, aunque no podemos tener la seguridad de que no hayan sido extraviados en el seno del propio centro sanitario en el que sucedieron los hechos causantes del daño.

Decimos lo que antecede con base en hechos ya demostrados ante los Tribunales, como se puede comprobar en Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001⁸¹, en la que prevaleció, en perjuicio del reclamante y beneficio de la propia Administración, la pérdida de los libros de registro de donantes.

Por ello, al escribir estas letras, el autor es perfectamente consciente de las dificultades que entraña el estudio objetivo del tema de las transfusiones de sangre realizadas antes de finales de 1989, y mucho más su aplicación práctica. Pero no se trata de vencer dificultades insalvables, sino de, poniendo de relieve la negativa influencia que en su día tuvo el letrado del Insalud; alcanzar la influencia positiva suficiente para que se de amparo a los legítimos intereses del paciente, propios de un Estado de Derecho

También es una verdad incuestionable que el tiempo todo lo arregla. Por sí solo. Si lo dejamos transcurrir dentro de la inactividad, los pacientes van finalizando su ciclo biológico y la problemática desaparece con ellos. Pero habremos dejado para la me-

81 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. RJ 2001\10059

moria histórica el recuerdo de la marginación a la que han sido sometidos un grupo de ciudadanos que, por causas que le son ajenas, como resultado de un combinación del azar y del desinterés administrativo, se vieron obligados a resignarse ante un daño antijurídico, que no tenían obligación de soportar.

7. Indemnización procedente

Partimos de aceptar que la Administración no tiene obligación de indemnizar aquellos daños que el perjudicado viene obligado a soportar, pues parece evidente que los daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos, son un riesgo que el perjudicado debe soportar, como muy bien se afirma en la sentencia de 31 de mayo de 1999, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo⁸²:

Pero no siempre y en todo caso puede afirmarse que el daño que experimenta el paciente como consecuencia de la hepatopatía por virus C contraída antes de finales del año mil novecientos ochenta y nueve no es indemnizable. Esta posición se apoya en lo ya dicho y se basa, además, no sólo en la letra de la propia Ley sino también en el texto de muy distintas sentencias, elaboradas con gran acierto y esmero, emitidas por los Tribunales de Justicia.

Comenzaremos recordando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana núm. 1596/2005 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª), de 28 de septiembre, que en el Fundamento de Derecho Tercero nos recuerda que el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común, tras la modificación por Ley 4/1999 establece: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o*

de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos...”

Se resalta en esta sentencia que dicho precepto no es más que la consecuencia de una elaboración jurisprudencial del Tribunal Supremo a raíz de la enfermedad de SIDA (Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida), según la cual, no se puede pedir a la Administración responsabilidad patrimonial por unas actuaciones que, según el estado de la Ciencia y de la Tecnología, no pudieron ser previstas.

Pero **respecto a la HEPATITIS** resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera-Sección Sexta) de 31-5-1999, cuando hace distinción entre el estado de la “ciencia” y “tecnología”, analizando los efectos de una y otra, así como las posibles consecuencias a la hora de determinar la posible responsabilidad:

[...] “debe advertirse, además, que el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes no es el estado de la legislación, pues es sabido que ésta –la legislación, el derecho positivo- va siempre detrás de los hechos, hasta el punto de que no es infrecuente que se modifique un texto legal para adaptarlo al progreso técnico. De aquí que para probar el estado de los conocimientos de la ciencia en un determinado momento no bastará normalmente con argumentar sobre la existencia o no de una regulación legal aplicable al caso”.

Cierto que en el momento en el que sucedieron los hechos resultaba imposible conocer si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, pero **el estado de la ciencia sí permitía conocer la peligrosidad que podía llevar consigo la práctica de una transfusión sanguínea, pues ya se conocía la existencia del grupo de virus denominado no A no B (NANB), y era perfectamente conocida la realidad de que uno de ellos (el que pasado algún tiempo se identificó como virus C) se transmitía por vía de transfusión sanguínea.** Así pues, el daño producido con la transfusión sanguínea era perfectamente previsible y muchas veces evitable. Hemos de entender que se trata, pues, de un daño antijurídico,

82 Sección 6ª. Recurso de Casación núm 2132/1995.

salvo que la Administración pruebe, como es obligación en su caso, lo contrario.

Sin duda, acudir como norma general a afirmar la no antijuricidad de toda transfusión sanguínea realizada en fechas anteriores a finales del año 1989, con la plena aceptación de los órganos de la Administración sobre los que recae la obligación de indemnizar, puede resultar muy cómodo. Pero, para los pacientes que se vieron obligados a soportar, injustificadamente, el importante daño que les fue producido por un acto médico, el desamparo resulta evidente.

Por lo expuesto, podemos resumir este apartando diciendo:

Es muy cierto que los marcadores que permitieron identificar el VHC no se conocieron y empezaron a utilizarse sino a finales de mil novecientos ochenta y nueve. Ello es indiscutible. Pero no parece que deba aceptarse, conforme al texto de la Ley, que el daño causado al paciente por medio de la transfusión sanguínea (contaminada por el hoy denominado virus de la hepatitis C) no es susceptible de ser indemnizado por el simple y único hecho de que la transfusión dañina haya sido recibida por el paciente antes de la mencionada fecha. El daño sufrido por el paciente que pudo haberse evitado, merece la calificación de antijurídico.

Por supuesto, no estamos buscando culpable alguno, ni en el ámbito de los profesionales sanitarios ni en la propia Administración. Sabemos sobradamente que se trata de una responsabilidad objetiva en la que no es precisa la presencia de negligencia alguna. Es suficiente que el paciente haya sufrido un daño antijurídico que no tenga obligación de soportar, siempre que se cumplan los otros requisitos que en la norma se contienen,

Y en estas condiciones podemos encontrar, si estudiamos los casos con el adecuado detenimiento, un indiscutible número de pacientes afectados por hepatopatía postransfusional, infectados en los años anteriores a 1989 con el virus que hoy se denomina VCH.

Conclusiones

Con base en todo lo expuesto, podemos afirmar lo que sigue:

1. No es posible, ni lo pretendemos, cuestionar el acierto al afirmar que, en la Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no existe obligación de indemnizar aquellos daños derivados de una legítima actuación administrativa, que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquellos.

2. Por la misma razón y conforme a la letra y al espíritu de la propia Ley, aquellos daños previsibles, que pudieron ser evitados, no pueden ser incluidos en la negativa que, debido a una interpretación extensiva del Informe Científico elaborado conjuntamente por el Instituto de Salud Carlos III, la Real Academia de Medicina, la Sociedad Española de Transfusión Sanguínea y la Sociedad Española de Virología, se impone por los Tribunales de Justicia, con carácter de generalidad, a todos los pacientes que contrajeron una hepatopatía vírica (denominada posteriormente hepatitis C) por vía transfusional en fecha anterior a la marcada en dicho informe, en el que se fija el último trimestre de 1989 como el momento en el que aparecieron en el mercado los primeros reactivos comerciales para detectar el VCH en suero y plasma humano.

El contenido de dicho informe fue aplicado por los Tribunales con una extensión que sobrepasó, con mucho, los límites de su contexto, creando una desarmonía con el principio legal que se contiene en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, en la redacción de la Ley 4/1999, y vulnerando, manifiestamente, el artículo 106 de la Constitución española.

3. Decimos cuanto antecede porque nos encontramos en condiciones de poder afirmar que el contagio transfusional de la afección que hoy se denomina hepatitis C era previsible en la fecha en la que sucedieron los hechos que condujeron a la sentencia que motiva tan radical cambio en la doctrina jurisprudencial. Por lo que ya se ido comentado a lo largo del contenido del presente trabajo, podemos permitirnos decir que, en un elevado número de los

pacientes afectados, pudo haberse evitado la enfermedad producida por el virus hoy conocido como VHC.

Esto es, como ya queda dicho, algo que no podríamos afirmar si la contaminación de la sangre transfundida lo fuera por el virus de tan grave, sorpresiva y alarmante enfermedad como fue, **en principio**, el Sida. Fue ésta una enfermedad extraña, de aparición brusca y alarmante, con un cuadro clínico muy grave y expectativas negativas. Solamente esta enfermedad, y no la hepatitis C, pudo justificar las palabras del letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud, que motivaron la voluntad del Tribunal.

En el relativamente corto período de tiempo transcurrido desde que se conoció el primer caso de Sida hasta que se dispuso de medios para identificarlo, cabe que pudieran estar justificados los esfuerzos dialécticos de dicho letrado. Y ello, porque se trataba de un suceso imprevisto, al que solamente cuando la ciencia y la técnica lo fueron permitiendo, pudieron serle aplicadas medidas de prevención⁸³. Aplicar en cualquier caso la misma argumentación para juzgar los casos de contagio por VCH en fechas anteriores a finales del año 1989 no resulta justo, y sí poco tranquilizador.

4. No se puede aceptar como cierto, porque es humanamente imposible, que absolutamente todos los pacientes transfundidos en fechas anteriores a 1989 fuesen necesariamente pacientes en situación clínica de tal nivel de gravedad que su vida sufriese grave peligro de haber recibido un tratamiento alternativo a la transfusión de sangre. De hecho, sobre esta importante verdad, no parece existir pronunciamiento emitido por los participantes en el Informe Científico que sirvió de base para el establecimiento de una doctrina jurisprudencial tan restrictiva como la que se viene aplicando.

Asimismo, tampoco parece haber sido solicitado a este grupo de expertos informe sobre posibles medidas de prevención de las hepatitis víricas transmisibles por vía sanguínea, ni sobre el estado de conoci-

miento de medidas de prevención existentes antes del último trimestre de 1989.

5. El examen del artículo 141.1 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en la redacción dada por Ley 4/1999, en el que se dice: “*No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquéllos*” debe ser interpretado con objetividad, colocándolo dentro de sus propios límites, debiendo evitar que se vulneren los derechos constitucionales que todo posible paciente tiene reconocidos en el artículo 106 CE.

No va a resultar fácil que los Magistrados del Tribunal Supremo den entrada a reclamaciones similares a aquéllas a las que ya les han cerrado la puerta. Por ello, es preciso que el letrado de la parte reclamante acuda al ingenio para sumarlo a argumentos válidos.

Puesto que la Administración no puede negar la existencia de contagios de hepatitis vírica antes de finales del año 1989, y no puede negar, tampoco, que fuera conocida su clínica, y su transmisión por vía sanguínea, lo cual conduce a entender que la enfermedad era previsible, quizá no debamos salirnos de esta posición. Es de esperar que los Tribunales entiendan como suficiente la aportación de indicios racionales que conduzcan a percibir que, en el caso concreto del reclamante, la enfermedad que le afecta era evitable de haber actuado la Administración sanitaria en defensa de tan preciados bienes como son la salud y, en última instancia, la propia vida.

Que luego, en la historia clínica del paciente aparezca el diagnóstico de hepatitis C, no puede separarnos del camino emprendido. Quizá así, no se podrá alegar por la parte contraria que la hepatitis C no era conocida hasta finales del año 1989, lo cual sólo es cierto si pensamos en la etiqueta de su nombre, pero no por la patología sufrida por el enfermo, que es lo que se pretende hacer valer. Ni el cuadro clínico del enfermo, ni de las posibles medidas de prevención aplicables en su caso, ambos conocidos en fechas anteriores a finales de 1989, pueden haber desapare-

83 Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001.

cido por el hecho de que se haya alcanzado a conocer el genoma del virus causante de la patología.

Puesto que la sentencia ha de ser congruente, y sabido es que la congruencia es la adecuación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, es el reclamante el que impulsa la dirección del tema, siempre que presente indicios fiables de que esta patología pudo haberse evitado de haber actuado la Administración con mayor dosis de prudencia. Entendemos que cómo se denomine la enfermedad es un tema secundario, que no afecta a la realidad de su existencia.

6. Evidentemente, hay ocasiones en que el operador jurídico ha de enfrentarse con supuestos en que la causación de un hecho viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor". Y es igualmente aceptable que en tales casos no sería razonable hablar de existencia de responsabilidad extracontractual por más que en el ordenamiento jurídico administrativo aparezca configurada como objetiva. Cuando la ausencia de antijuricidad de la lesión es una realidad evidente, situación en la que se encuentran algunos de los pacientes a los que se les ha transfundido sangre o hemoderivados en fechas anteriores a finales del año 1989, nada hay que objetar a la aplicación de la doctrina jurisprudencial aceptada a partir de la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de veinticinco de noviembre de dos mil, de la que fue ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate. Pero sólo a este grupo de pacientes.

Y aunque por mi parte acepto lo expuesto, también esta amplitud puede ser discutible, dada la negligencia mostrada por la Administración sanitaria al no haber seguido en su día las instrucciones recomendadas por la Asociación Americana de Bancos de Sangre. También en esta línea, se puede buscar respuesta a las reclamaciones de los pacientes que acrediten haber sido patológicamente afectados por el virus de la hepatitis C -cualquiera que fuera su nombre que en aquel preciso momento- dentro de la sede de la diligencia exigible a la Administración sanitaria. En su caso, el estudio de cada paciente ha de ser individualizado, salvo que la Administración quiera hacer uso del párrafo final del artículo 141.1 de la tan mencionada Ley, en el que se dice: "...todo ello sin perjuicio

de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

7. En líneas generales, hemos de afirmar que la Administración estaba obligada a prever las consecuencias, evitar las posibilidades de contagio, e impedir el daño, en transfusiones en época en que se conocía la realidad de unas infecciones que venían incluidas en la denominación de hepatitis *no A no B*. No se puede negar la presencia de los conocimientos científicos de cada momento, a medida que se iban estudiando estas enfermedades, ni tampoco se puede marginar la existencia de ciertos medios aportados por la técnica, a medida que ésta avanzaba, hasta llegado el último trimestre del año 1989.

Es más; es sabido, y queda ya dicho a lo largo de esta exposición, que ya el mayo de 1986 la Subdirección General de Planes de Salud, perteneciente al Ministerio de Sanidad y Consumo, había redactado y distribuido un Informe con el propósito de reducir los contagios de la entonces denominada "hepatitis no A no B". Siguiendo los criterios de la Asociación americana de Bancos de Sangre, se aconsejó en dicho Informe la eliminación de la sangre de los donantes con niveles elevados de alaminotransferasa (ALT), así como otras "pruebas alternativas para la hepatitis no A no B". El hecho de que este criterio preventivo no haya sido aplicado en todos los hospitales de nuestro entorno, al margen de cuál haya sido el motivo, no nos permite decir que la ciencia no los conociera y que no existiera ninguna técnica de aplicación preventiva.

8. La impresión que produce la lectura del contenido de las Sentencias del Tribunal Supremo, que quedan comentadas a lo largo de este trabajo, permite entender una disposición favorable de los Magistrados para recibir la información que en su día les hizo llegar el letrado de la Asesoría Jurídica del Insalud. Se dejó al margen del tema la obligación de la Administración de probar el estado de la ciencia en la precisa fecha en la que suceden los actos médicos dañinos para el paciente, prueba que recaía sobre la Administración; y fue aceptado como válido que el extravío de las posibles pruebas, debido a deficiencias en la organización sanitaria, afectase negativamente al propio paciente, sufridor de los daños, y

reclamante de la indemnización económica compensatoria.

9. Con la misma voluntad de aceptación sin interrogantes, el Tribunal Supremo, admitiendo sin reparos que en tanto no se había aislado el virus VHC no existían marcadores para detectarlo, da por válida la afirmación de que, por el simple hecho de que no fuera conocida la naturaleza del virus en cuestión, su esencia íntima, su genoma, en la fecha de la transfusión que resultó dañina para el receptor de la misma, la hepatitis vírica que en 1975 fue denominada no A-no B, no pudiera prevenirse ni evitarse. Como muy bien nos recuerda y hace notar el Ecmo. Sr. Don Francisco González Navarro, Magistrado de la Sección 6ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de España (voto particular en Recurso de Casación núm. 1406/1997), afirmación que documenta formalmente, *“antes de descubrirse el VHC y de disponerse de una prueba de detección, se utilizaban marcadores sustitutivos de la infección, principalmente valores de alanino-aminotransferasa (ALT) y anticuerpos frente al core VHB (anti-HBc) para excluir a los pacientes de alto riesgo”*.

Cierto que no se trataba de una prueba específica de infección de Hepatitis no A-no B. y que, por ello, puede verse influida por la presencia de otros virus, y por otras causas, pero es claro que estos marcadores permitían alertar del riesgo de contagiar una hepatitis no A-no B, por lo que, como ya queda dicho a lo largo de estas reflexiones, la más elemental prudencia aconsejaba desechar una sangre contaminada, o de garantías más que dudosas, para la salud del paciente.

10. La indefensión en la que se encuentran en fechas actuales los enfermos que se ven obligados a soportar el daño que les fue producido en su día a través de una transfusión de sangre, daño que en un porcentaje de casos pudo haber sido evitado, y en todos ellos pudo ser previsto como posible, vulnera un principio básico, que es la propia esencia de la responsabilidad objetiva, pues con su aplicación se pretende, precisamente, evitar que no pesen sobre determinadas personas las consecuencias negativas de los actos de la Administración.

Dicho principio ha de ser especialmente aplicable a los pacientes protagonistas del presente trabajo,

por cuanto fue la combinación entre dos factores, absolutamente ajenos a sus valores personales y merecimientos, los que colocaron a estos ciudadanos en situación de víctimas: Factor básico e indiscutible lo ha sido la falta de aplicación de medidas preventivas por parte de la propia Administración, algo sobre lo que ya se han dejado cumplidas explicaciones a lo largo de las reflexiones expuestas. El propio azar, sin más, eligió a los concretos destinatarios del daño.

11. Podemos resumir lo dicho diciendo que la Administración siempre fue conocedora de que el contagio transfusional por el virus de una conocida hepatitis (que llegado el año 1989 pudo ser etiquetado como virus C), podía ser previsto. Y con el mismo grado de certeza, era igualmente conocedora de que este riesgo de contaminación transfusional, en gran medida, podía haber sido evitado; pero, generosamente ayudada por el letrado del Insalud, prefirió adoptar una postura global, que en ningún caso es de aplicación generalizada a la totalidad de los pacientes afectados por VCH postranfusional. El temor, la rapidez y la economía administrativa se sobre valoraron en perjuicio de los derechos de los pacientes afectados.

Y se puede añadir algo más, y lo digo con humildad y respeto: La posición adoptada por el Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 25 de noviembre de 2000 sitúa a la Administración en tal grado de confortabilidad que puede permitirse olvidar la responsabilidad que le afecta por el desinterés mostrado y la deficiente organización que mantuvo en los distintos aspectos relacionados con esta cuestión, durante las décadas de los años 70-80, algo que ya hemos hecho notar a lo largo de las presentes reflexiones sobre el tema. Causas ajenas a la culpabilidad, en un período en el que la sanidad española estaba inmersa en un fuerte impulso constructivo, sirven de base como explicación de lo sucedido⁸⁴, pero en ningún caso deben revertir sus consecuencias sobre un sector de la población que, por una combinación entre las causa remotas antedichas y el simple azar, se ve

⁸⁴ El propio autor del presente trabajo fue conocedor directo de estas circunstancias por haber sido director de un Centro hospitalario del sector público de la sanidad, durante un período superior a siete años, en la última década de los años 70.

afectado de una enfermedad que, en un indeterminado número de pacientes podía haberse evitado y, en todo caso, era conocida y previsible.

Ocultar esta verdad ante los Tribunales no es un acto de justicia social. Estudiado cada caso de forma individual, la Administración está obligada a indemnizar los daños sufridos por el paciente como consecuencia de un contagio transfusional en fechas anteriores a finales de 1989, salvo que razones justificadas, y probadas por la Administración, así lo impidan, o que se encuentren presentes las circunstancias que permitan afirmar que, en ese caso en concreto, el paciente está obligado a soportar el daño para evitar otro mayor, lo que puede suceder en caso de urgencia vital.

Lo dicho en el párrafo que antecede es algo que resulta elemental y que viene siendo aceptado como norma general de comportamiento. Es de justicia que esta norma afecte, también, a este grupo de ciudadanos que han sufrido una hepatopatía vírica como consecuencia de una transfusión de sangre realizada en fechas anteriores a 1989: Si el acto administrativo no es antijurídico, el paciente viene obligado a soportar el daño causado con este acto sanitario; pero, cuando la enfermedad pudo haberse evitado, el afectado no tiene obligación de soportar el resultado dañoso. En este caso, la Administración sanitaria debe responder adecuadamente, abonando la correspondiente indemnización, sin olvidar que el dato objetivo de la causación de una lesión antijurídica por la actuación de la Administración constituye el fundamento de la responsabilidad de la misma.

12. Decir que la hepatitis C no pudo prevenirse ni evitarse hasta finales del año 1989 es un lamentable error que conviene rectificar, enfocando el tema bajo la aplicación de criterios objetivos, científicos, lejos del temor inicial que supo sembrar el letrado de la Asesoría Jurídica Central del Insalud en aquella Sentencia de la Sala Social del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 1997, posición mantenida en el caso que dio lugar a la Sentencia del la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2000.

A favor del letrado de de la Asesoría Jurídica Central del Insalud, podemos decir que, en lo que

conocemos, cuando informó al Tribunal sobre este asunto, hizo siempre alusión al “contagio transfusional”, de carácter indeterminado, sin referirse expresamente a la hepatitis C; pero el énfasis que puso en sus alegatos resultó efectivo ante la Sala; aprovechándose dicho letrado, en apoyo de sus argumentos, del justificado temor que produjo la aparición en nuestra cultura de una grave enfermedad desconocida hasta entonces: el SIDA.

Retroceder para enderezar el camino, y para mantener una dirección respetuosa con los derechos del paciente, ha de entenderse como un acto de nobleza, que debe aceptarse con la dignidad que el mismo comportamiento conlleva.

BIBLIOGRAFÍA

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Sangre contaminada con hepatitis C. Criterios de imputación de los sujetos intervinientes”. Comentario a la STS de 04.12.07, *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 32.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Responsabilidad civil médico-hospitalaria: infección de hepatitis por transfusión sanguínea”. Comentario a la STS núm. 527/2004, de 10 de junio, en *Actualidad civil*, 2004, T.2, p. 2428.

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA: “Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria por el incumplimiento de informar acerca de tratamientos alternativos”, Comentario a la STS de 01.02.08, *Revista sobre responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2008, núm. 6, p. 35.

ALVAREZ CIENFUEGOS, José María, “La responsabilidad de los médicos y de la Administración sanitaria: *Cuadernos del Poder judicial, Responsabilidad de las Administraciones públicas*, 1996, XIV.

ALONSO OLEA, Manuel: “El consentimiento informado en Medicina y cirugía”, *Revista de Administración pública*, 201, Núm. 155, p. 7.

BERNARD PEREZ, Luisa: “Problemas médico-legales de las infecciones postransfusionales por el virus de la hepatitis C”, *Derecho y Salud*. Vol. 5, núm. 1, 1997, p. 97.

BLAS ORBÁN, Carmen: *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003.

COMINGES CACERES, Francisco: “Análisis jurisprudencial de la Responsabilidad administrativa por contagio de hepatitis C”, *Revista de Administración Pública*, 2001, núm. 155, pp.193-222.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Tomás y otros: “La medicina ante el Derecho y la responsabilidad objetiva”, *La Ley*, 1999, T.1, p. 1635.

GUERRERO ZAPLANA, José: “Sobre una ¿inadvertida? modificación de la jurisprudencia en materia de contagio de hepatitis C”, *La Ley*, 2002, T.7, p.1868.

HARRISON. (KasperHauser, Braunwald Longo, Fauci Jameson), Me Gran Hill. *Principios de Medicina Interna*. Interamericana. 16 edición. Vol.II, pp. 2031-2043.

LOPEZ MENUDO, Francisco: “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 2, 2000, p. 78.

MAGRO SERVET, Vicente: “La responsabilidad sanitaria bajo el marco competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, *La Ley*, 1999, T. 3, p. 1819.

MARTÍN CASALS, Miquel: “Responsabilidad médico-sanitaria. Daños causados por sangre contaminada por el virus de la hepatitis C. Sentencia de 10 de junio de 2004”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil*, 2005, núm.67. pp. 361 y ss.

PARRA LUCÁN, M^a Ángeles: “Comentario de la Sentencia de 17 de octubre de 2001”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. Enero-Marzo 2000, p. 325.

PELAYO PARDOS, Santiago: “La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo”: *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 70, marzo 2000.

PEMÁN GABÍN, Juan: “Hacia un estatuto del enfermo hospitalizado”: *Revista de administración Pública*, núm. 103, enero-abril 1994.

SEUBA I TORREBLANCA, Joan Carles: *Sangre contaminada, responsabilidad civil y ayudas públicas*, Madrid, Civitas, 2002.

“Hepatitis C”: *Revista para el análisis del Derecho*, inDret 01/2000. Disponible en la URL: http://www.indret.com/pdf/017_es_2.pdf (Con acceso el 24-6-2008).

SILVA SANCHEZ, Jesús María: “La Responsabilidad penal por contagio hospitalario”. Ponencia presentada en *VIII Congreso “Derecho y Salud”*, Santiago de Compostela, noviembre de 1999.